# Schutz des guten Glaubens bei Erwerb einer Briefhypothek oder eines Rechtes an ihr

Jnaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde einer Hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

Vorgelegt
von
FRITZ BÜTTNER
Referendar in Heilbronn

1929

Druck der Buchdruckerei Adolf Remppis, Marbach a. Neckar

# Schutz des guten Glaubens bei Erwerb einer Briefhypothek oder eines Rechtes an ihr

Jnaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde einer Hohen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität
Tübingen

Vorgelegt
von
FRITZ BÜTTNER
Referendar in Heilbronn

1929

Druck der Buchdruckerei Adolf Remppis, Marbach a. Neckar

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Herr Prof. Dr. von Heck
Tag der mündlichen Prüfung: 24. Oktober 1929

# Inhalts-Verzeichnis


Seite

A § 1 Einleitung. 5

B Die Voraussetzungen unter welchen § 1155 angewandt werden kann.

§ 2 Der Besitz des Hypothekenbriefs. 9

§ 3 Die öffentliche Beglaubigung. 13

§ 4 Die Abtretungserklärung. 15

§ 5 Der gerichtliche Ueberweisungsbeschluss. 24

§ 6 Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung Entstehungsgeschichte 26

§ 7 Fälle des gesetzlichen Uebergangs 28

§ 8 Inhalt des Anerkenntnisses und sein Wesen 30

§ 9 Inwieweit stehen „andere Urkunden" in ihrer Wirkung der des Anerkenntnisses gleich? 35

§ 10 Zugeständnisse der herrschenden Lehre an die hier vertretene Auffassung 41

§ 11 Wer hat das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis auszustellen? 48

§ 12 Das Erfordernis der „zusammenhängenden Reihe" von Abtretungserklärungen usw. 50

C. Wirkung der Anwendung der Vorschriften des § 1155.

§ 13 Allgemeines. 53

§ 14 Massgebender Zeitpunkt für die Kenntniss des Erwerbers. 57

§ 15 Wird nur dem beglaubigten Zessionar der Schutz des öffentlichen Glaubens zuteil? 59

§ 16 Nachträgliche Bewirkung der öffentlichen Beglaubigung. 61

§ 17 Nur der rechtsgeschäftliche Erwerb wird geschützt. 63

§ 18 Unterbrechung der beglaubigten Zessionenreihe durch eine unbeglaubigte Zession. 64

D. Anhang.

§ 19 Wie ist die Rechtslage, wenn über eine Hypothek zwei Hypothekenbriefe ausgestellt sind? 67

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0089

## A. § 1 Einleitung.

I. Der Hauptzweck des Hypothekenbriefs ist der, im Verkehrsinteresse die Uebertragung der Hypothekenforderung zu erleichtern.[1]) Der Gesetzgeber hat daher, um diesen Zweck zu erreichen, eine Ausnahme von dem Eintragungsprinzip des § 873 BGB. festgesetzt und die Uebertragung der Briefhypothek nicht an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft; er hat vielmehr in § 1154 BGB. dadurch eine besonders flüssige Form der Uebertragung geschaffen, daß er zum Uebergang der Briefhypothek die Uebergabe des Briefes und die Erteilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form für erforderlich und ausreichend hält.

Es läßt sich aber eine solche Abweichung von dem Eintragungsprinzip gegenüber den Anforderungen, welche der Verkehr an die Regelung der Uebertragung stellt, nur dann rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber dafür sorgt, daß von der Uebertragung durch Uebergabe des Briefes und Erteilung einer schriftlichen Abtretungserklärung mit derselben Sicherheit Gebrauch gemacht werden kann, wie sie die Eintragung im Grundbuch bietet (Mot. III S. 616).

Auf Grund der allgemeinen Vorschriften über den guten Glauben des Grundbuchs gilt nämlich zu Gunsten des Erwerbers einer Hypothek nur der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Der Erwerber einer Hypothek kann sich also nur darauf verlassen, daß die Hypothekenforderung dem eingetragenen Gläubiger bis zu ihrer Uebertragung auf dessen Nachmann zugestanden hat, nicht aber kann sich der Erwerber einer Briefhypothek, der sie nicht von einem eingetragenen Gläubiger, sondern von einem seiner Rechtsnachfolger abgetreten erhalten hat, darauf verlassen, daß die Rechtsnachfolger des eingetragenen Berechtigten wirkliche Gläubiger waren, daß ihm keine Mängel im „subjektiven Gläubigerrecht" (Fuchs Erl. 6 zu § 1155) seiner Vormänner entgegenstehen.

Nehmen wir als Beispiel folgenden Fall:

Der Eigentümer E. bestellt für A. eine Briefhypothek. A. hat die Hypothek an B., B. an C. abgetreten. Von C. hat D. die Hypothek erworben. B. und C. wurden nicht im Grundbuch einge-

1) Mot. III S. 616; Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht S. 271; Turnau-Förster Erläuterung 2 zu § 1155.

tragen. Hätte nun D. unmittelbar von A., dem eingetragenen Briefbesitzer, die Hypothek erworben, so würde er auf Grund des § 892 BGB. geschützt sein. Hat er dagegen von dem nichteingetragenen B. oder von dem ebenfalls nicht eingetragenen C. die Hypothek durch Briefübergabe und Abtretungserklärung erworben, so ist ihm auf Grund von § 892 BGB. die Gläubigerschaft von B. und C. nicht gewährleistet, da diese nicht im Grundbuch eingetragen sind. Es könnte also D. entgegengehalten werden, daß der Erwerb des B. oder des C. aus irgendeinem Grunde nichtig war.

Der Gesetzgeber hat deshalb, um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden und um die Verkehrsfähigkeit des Hypothekenbriefs nicht abzuschwächen, den allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs den § 1155 als Sondervorschrift hinzugefügt, welcher lautet:

„Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung."

Es mag bemerkt werden, daß der § 1155 BGB. keine neue Uebertragungsform im Nachgange zu § 1154 BGB. schaffen will, er will vielmehr als Sonderbestimmung die Frage des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers regeln. Vgl. Staudinger Erl. I, 1 b zu § 1155.

Es kann vielleicht schon hier an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß die Fassung des § 1155 keine glückliche ist. Bei den folgenden Erörterungen wird öfters dargelegt werden, daß der § 1155 nicht wörtlich ausgelegt werden darf. Eine wörtliche Auslegung würde große Lücken zeigen und zu den unglücklichsten Ergebnissen führen, die den Hypothekenverkehr höchst erschweren würden, während der Gesetzgeber doch gerade durch die Schaffung des Instituts der Briefhypothek die Absicht bekundete, den Hypothekenverkehr soweit wie möglich zu erleichtern. Die Auslegung hat daher so zu geschehen, daß den Bedürfnissen des Hypothekenverkehrs und den Anforderungen, die das praktische Leben stellt, in weitgehendster Weise Rechnung getragen wird.

II. Nachdem der Zweck des § 1155 dargetan ist, wäre nun sein Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 891—899 BGB. zu erörtern. Hiebei ist zu bemerken, daß durch den § 1155 der Schutz des guten Glaubens nur erweitert, nicht eingeschränkt wird. Erwirbt jemand durch privatschriftliche Abtretungserklärung (§ 1154 BGB.) die Hypothek von einem gemäß § 1155 Ausgewiesenen und überträgt er sie sodann weiter, so kann sich dieser Rechtsnachfolger, wenn die Gläubigerschaft seines Rechtsvorgängers nicht besteht, in dieser Beziehung zwar nicht auf seinen guten Glauben berufen. Er ist aber deswegen von der Berufung auf den guten Glauben des Grundbuchs keineswegs ausgeschlossen; es finden auch zu seinen Gunsten die §§ 891—899, 1138, 1157 Anwendung, denn auch zu seinen Gunsten gilt das Grundbuch, wenn man von der Person des Gläubigers absieht, als richtig, auch ihm wird der objektive Bestand des dinglichen Rechtes und der Forderung gewährleistet, es können ihm keine Einwendungen gegen das dingliche Recht entgegengesetzt werden; auch ihm wird gewährleistet, daß Einreden gegen Forderung und Hypothek, die im Grundbuch nicht eingetragen sind, nicht bestehen. So stehen z. B. Abreden über Zins- und Rückzahlungsbedingungen oder über den Verzicht auf die Hypothek zwischen dem Eigentümer und einem Vormann dem Erwerber nur dann entgegen, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Insoweit ist der Erwerber also schon durch die allgemeinen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb an Grundstücken geschützt. Der Anwendung des § 1155 bedarf es insoweit nicht. Der § 1155 hat nicht den Zweck, dem Erwerber die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu gestatten, die ihm ohnehin nach § 892 zusteht. 2)

---

2) Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre. Vgl. Plank Erl. 1 zu § 1155; Fuchs Erl. 6 zu § 1155; Endemann § 118, 3 c Predari S. 151 ff. Turnau-Förster Erl. 6, 7 a. a. O; Biermann Erl. 3 zu § 1155; Oberneck II § 133; 2 g β und Anmerkung 35 zu II § 133; Schweitzer in Gruch 45 S. 571; a. M. zum Teil Hachenburg (Vorträge S. 590) bezüglich der Einrede der Stundung. Hachenburg schliesst sich grundsätzlich der herrschenden Lehre an, er will aber die Einrede der Stundung zulassen; dies dürfte wohl nicht richtig sein, da hierdurch das Verfügungsrecht des Gläubigers über die Hypothek nicht aufgehoben ist. Dem gutgläubigen Erwerber, der wenn auch nur von einem durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung ausgewiesenen erwirbt, kann die Einrede der Stundung nicht entgegengehalten werden. Gegen Hachenburg mit der hier gegebenen Begründung insbesondere Oberneck Anm. 35 zu II § 133.

Diese hier vertretene Auffassung teilte auch die zweite Kommission gelegentlich der Schlußrevision. S. Prot. II Bd. 6 S. 267 f. Es wird dort u. a. ausgeführt:

Zu § 1062 [3]) hätten sich über seine Bedeutung Zweifel und Meinungsverschiedenheiten herausgestellt. Es sei die Ansicht vertreten worden, daß das Erfordernis einer zusammenhängenden auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen die Bedeutung habe, daß, wenn auch nur einer Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung fehle, gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden könnten, die gegen einen der früheren Gläubiger entstanden seien. — Die Kommission wies aber diese Auffassung als unzutreffend zurück und es wurde von ihr der Sinn des § 1062 in folgender Weise „klargestellt": Es komme nach § 810 [4]) nicht darauf an, daß ein Erwerb, der den Schutz des öffentlichen Glaubens genieße, mittels einer Eintragung im Grundbuch gemacht sei. Dies könne man ersehen, wenn man den Abs. 2 mit dem Abs. 1 vergleiche. Die Anfangsworte des Abs. 2 würden beweisen, daß der Abs. 1 sich sowohl auf die Fälle beziehe, in welchen die Eintragung zum Rechtserwerbe erforderlich sei, wie auch auf die, wo es keiner Eintragung bedürfe. Für Fälle, die außerhalb des Grundbuchs liegen, gelte § 810 aber nicht. Mit dem § 1062 sei nun aber nicht eine Einschränkung der Vorschriften des § 810, sondern eine Ausdehnung derselben beabsichtigt. Eine nichteingetragene und deshalb aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Uebertragung des Hypothekenrechts solle, wenn sie durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung dargetan sei, an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen, was an sich nur den eingetragenen Rechtstatsachen zukomme. Hierin würde die Ausdehnung liegen. Die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung, die als ein Surrogat der Eintragung des Uebergangs der Hypothek auf einen früheren Gläubiger anzusehen sei, werde aber nicht zu dem Zwecke erfordert, um einem späteren Erwerber die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buchs gegen Mängel des erworbenen Rechts zu gestatten, die ihm auch ohne die Eintragung seines Rechts und des Rechts seiner Vormänner offenstehe. Wenn in dieser Hinsicht nicht die privatschriftliche Abtretungserklärung für ausreichend erachtet, sondern auch insoweit

3) 1062 E. II a = § 1155 BGB.
4) § 810 E. II a = § 892 BGB.

die der Eintragung entsprechende öffentliche Beglaubigung durch § 1062 vorgeschrieben worden wäre, würde diese Vorschrift zu einer Beschränkung des § 810 führen. Nur insoweit, als die Privatschrift das Entscheidende sei, d. h. soweit sie die Uebertragung bewirke, genüge sie nicht; anders jedoch aber, soweit schon der Inhalt des Grundbuchs den öffentlichen Glauben begründet. Der redliche Erwerber einer Hypothek, der sich nur auf privatschriftliche, nicht auf öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen stützen könne, sei gesichert gegen eine in der Zwischenzeit erfolgte Auszahlung 5) der Hypothek, aber nicht gesichert gegen eine anderweitig erfolgte gültige Abtretung.

## B. Die Voraussetzungen, unter welchen § 1155 angewandt werden kann.

### § 2 Der Besitz des Hypothekenbriefs.

Der § 1155 besagt, daß bezüglich der Anwendung der Vorschriften der §§ 891–899, abgesehen von sonstigen später zu erörternden Voraussetzungen, der „Besitzer" des Hypothekenbriefs dem eingetragenen Gläubiger gleichsteht.

Die Bedeutung dieser Voraussetzung wird einem klar, wenn man bedenkt, daß zur Abtretung der Briefhypothek immer die Uebergabe des Briefes erforderlich ist. § 1154 Abs. 1 BGB. Also nur der Besitzer des Briefes ist als „legitimiert" anzusehen. 1) Selbstverständlich wird hiebei Eigenbesitz vorausgesetzt. Daß dieser Eigenbesitz ein unmittelbarer Eigenbesitz ist, ist nicht erforderlich. Es genügt auch ein vom bisherigen Gläubiger erlangter mittelbarer Besitz, da dieser gemäß §§ 1154 Abs. 1, 1117 Abs. 1 Satz 2 der körper-

5) Der Auffassung der Protokolle, der auf eine privatschriftliche Abtretungserklärung Vertrauende sei gesichert gegen eine in der Zwischenzeit erfolgte Auszahlung, kann nicht beigetreten werden. Nur dann, wenn es sich um die Auszahlung des eingetragenen oder als eingetragen geltenden Gläubigers handelt, ist der Zessionar dieses Gläubigers geschützt, wenn dieser nach Empfang der Zahlung die Hypothek abtrat, und zwar auf Grund der §§ 892, 1155. Geschah die Zahlung jedoch an einen Vormann, dem weder das Grundbuch zur Seite steht, der auch nicht gemäss § 1155 ausgewiesen ist, so wird sich jeder spätere Erwerber der Hypothek von Seiten des Eigentumers den Einwand gefallen lassen müssen, dass die Hypothek auf ihn den Eigentümer als Eigentümerhypothek übergegangen ist und dass der Veräusserer zur Zeit der Abtretung nicht mehr Gläubiger gewesen ist. Gegen diese Ansicht der Protokolle insbesondere auch Plank a. a. O. Erl. 1, Fuchs Erl. 6 a. a. O., Biermann Erl. 3 a. a. O., Turnau-Förster Erl. 7 a. a. O., Predari S. 151 ff., Hachenburg Vorträge S. 590.

1) Vgl. Plank Erl. 2 a. a. O.; Warneyer Erl. II a. a. O.

lichen Besitzübergabe gleichsteht.[2]) Nicht ist erforderlich, daß der Vormann des letzten Erwerbers, wenn für diesen § 892 in Frage kommt, den Brief auf rechtsmäßigem Weg erlangt hat. Es genügt also auch unrechtmäßig erlangter Eigenbesitz. Der gutgläubige Erwerber braucht die Rechtsmäßigkeit des Besitzes seines Vormannes nicht nachzuprüfen. Besonders lehrreich in dieser Hinsicht ist die Entscheidung des R.G. in R.G.Z. Bd. 93, 42 ff., wo es sich um einen durch Unterschlagung erlangten Eigenbesitz handelt.[3])

Es wird nach §§ 1154 Abs. 1, 1117 Abs. 3 vermutet, daß der gegenwärtige Besitzer (der letzte Erwerber) den Brief von dem bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat. Steht nun aber fest, daß der gegenwärtige Besitzer den Brief nicht von seinem Vormanne erhalten bekommen hat, so ist der letzte Besitzer nicht Gläubiger geworden.[4]) Zum Beispiel: A. ist eingetragener Hypothekengläubiger, er hat eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde auf den B. ausgestellt, B. wieder auf C. Dem B. ist der Brief nicht übergeben worden. Er ist also, weil das Erfordernis der Briefübergabe fehlt (s. § 1154) nicht Gläubiger geworden. C. befindet sich im Besitze des Briefes. Aber auch C. kann kein Gläubigerrecht für sich in Anspruch nehmen, da ihm der Hypothekenbrief nicht von seinem Vormanne übergeben worden ist.

Es muß jedoch dem C. die Vermutung, daß ihm der Hypothekenbrief von seinem Vormann übergeben worden ist und daß er somit Gläubiger geworden ist, widerlegt werden.

Ist nun C., dessen Berechtigung als Gläubiger nicht eingetreten ist, seinerseits in der Lage, mit rechtlicher Wirksamkeit über die Hypothek zu verfügen? Das Problem, das hier entsteht, ist folgendes:

Einmal ist der Erwerber D. geschützt, auch wenn er weiß, daß B. der Hypothekenbrief nicht übergeben worden ist? Oder, wenn dies nicht zutrifft, kann D. das Hypothekenrecht nur dann erwerben, wenn er bezüglich der Tatsache, daß B. den Brief nicht übergeben erhalten hat, gutgläubig ist?

---

2) Fuchs a. a. O. Erl 2; Güthe Anm. 22 zu § 40 GBO.; Staudinger a. a O. Erl. I 2 a; K. v. R. G. R. Erl. 1 zu § 1155; Biermann a. a. O. Erl. 1 d; Turnau-Förster a. a. O. Erl. 2.; Warneyer a a. O. II.; Männer § 70 Anm. 35.

3) Vgl. noch Warneyer a. a. O. Erl. 2; Plank a. a. O. Erl. 2; Staudinger a. a. O. I 2 d; Komm. v. R. G. R. a. a. O.

4) R. G. Z. 93,44; Biermann a. a. O. Erl. 1 d; Warneyer a. a. O. II; Fuchs a. a. O. Erl. 2; Staudinger a. a. O. I 2 d; Komm. v. R. G. R. a. a. O. Erl. 1; Männer § 70 Anm. 35.

Die Frage dürfte i. S. der Gesetzesmaterialien zu entscheiden sein. So finden wir in den Mot. III S. 752 a zu diesem Punkte folgende Ausführung:

Es erhebe sich bezüglich des Hypothekenbriefs die Frage, ob nicht zu Gunsten des legitimierten Inhabers desselben die Uebertragung ohne Einschränkung auch dann als wirksam zu behandeln sei, wenn die Uebergabe des Briefes an einen Vormann überhaupt nicht stattgefunden habe. Die Rücksicht auf den reellen Verkehr nötige indessen den Gesetzgeber nicht, so scharf in die „Rechtskonsequenz" einzugreifen. Das praktische Bedürfnis verlange nur, daß demjenigen, welcher bei Erwerbung der Hypothekenforderung den Mangel der Briefübergabe nicht gekannt habe, gegen die Geltendmachung dieses Mangels Schutz gewährt werde. Ein so beschränkter Schutz sei um so mehr genügend, als, wenn einmal der Mangel der Uebergabe durch die Unkenntnis des Erwerbers geheilt sei, bei späteren Uebertragungen die Kenntnis von dem Mangel nicht mehr in Betracht komme.

In gleicher Weise hat die zweite Kommission zu diesem Problem Stellung genommen, u. a. führen die Protokolle II 3, 657 aus: Es sei streng genommen zum Nachweise der Legitimation des Gläubigers neben der Vorlegung der zusammenhängenden auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Abtretungserklärungen und der Vorlegung des Briefes noch der Nachweis erforderlich, daß der Brief stets bei jeder Abtretung von einem Vormanne an den andern übergeben worden sei. Dieser Nachweis werde praktisch nur mit den größten Schwierigkeiten zu erbringen sein und die Verkehrsfähigkeit des Hypothekenbriefes erheblich beeinträchtigen. Dieser Umstand nötige jedoch den Gesetzgeber nicht, zu Gunsten des legitimierten Inhabers des Briefes die Uebertragung ohne Einschränkung auch dann für gültig anzusehen, wenn es feststehe, daß eine der Zwischenzessionen ohne Briefübergabe von Seiten eines Vormannes erfolgt sei. „Das praktische Bedürfnis verlange nur, denjenigen, welcher beim Erwerbe der Hypothekenforderung den Mangel der Briefübergabe nicht gekannt habe, gegen die Geltendmachung dieses Mangels zu schützen."

Man ersieht also sowohl aus den Motiven als auch aus den Protokollen der zweiten Kommission — und an dieser Auffassung ist auch nach dem BGB. festzuhalten —, daß streng genommen zum Nachweis der Legitimation des Gläubigers der Nachweis zu erbringen

wäre, daß der Brief jeweils von einem Vormann auf den andern übertragen worden ist, daß aber im Verkehrsinteresse zu Gunsten dessen, der diesen Mangel nicht kennt, davon abzusehen ist. Die Auffassung, zu Gunsten des legitimierten Inhabers des Briefs die Uebertragung auch für wirksam zu halten, wenn feststeht, daß eine Zwischenübertragung sich ohne Uebergabe des Briefs vollzogen habe, ist i. S. der Motive und der Protokolle abzulehnen. In dem oben angeführten Beispiel würde also D., falls er von C. den Hypothekenbrief abgetreten erhält, unter der Voraussetzung, daß er nicht weiß, daß dem B. der Brief von seinem Vormanne A. nicht übergeben worden ist, geschützt sein, vorausgesetzt natürlich, daß die den C. als Gläubiger ausweisende Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt ist. Ueberträgt nun D. den Hypothekenbrief weiter an E., der weiß, daß der Brief von A. dem B. nicht übergeben wurde, so schadet ihn diese Kenntnis nicht, da der Mangel der Briefübergabe durch den gutgläubigen Erwerb seitens des D. völlig geheilt ist.[5]) — Boyens D.J.Z. 1916 ist anläßlich der Besprechung eines reichsgerichtlichen Urteils (R.G. Warn. 8, 318) ebenfalls der Auffassung, daß der Nachweis, daß der Brief jeweils von dem einen Vormann auf den andern übertragen worden ist, nicht zu erbringen ist. Boyens ist aber irrtümlicherweise der Auffassung, das Reichsgericht sei in dem Urteil, das er bespricht, anderer Ansicht. Das Reichsgericht nimmt in diesem Urteil zu dieser Frage überhaupt keine Stellung, sondern behandelt eine ganz andere Frage. Nicht die Frage ist in diesem Urteil behandelt, ob der Besitzer des Hypothekenbriefs, dem er nicht von seinem unmittelbaren Vormanne übergeben worden ist, „legitimiert" werde, sondern das Problem hat in dem genannten Urteil seine Lösung gefunden, ob der Besitzer des Hypothekenbriefes ohne Uebergabe durch den unmittelbaren Vormann „berechtigt" werde[6]) (das Reichsgericht hat diese Frage verneint).

---

5) Vgl. Simonson D. J. Z. 1916 S. 531 „ . . . . der Erwerber hat demnach zu prüfen, ob die Abtretungserklärungen bis auf den zuletzt eingetragenen Gläubiger zurückgehen und ob der abtretende Gläubiger mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer des Briefes ist. Trifft beides zu, so ist die Hypothek rechtswirksam erworben, gleichgiltig, ob die vorhergehenden Abtretenden den Hypothekenbrief besassen, vorausgesetzt, dass der Erwerber guten Glaubens ist." Derselben Ansicht noch Wolff § 142 Anm. 16; Biermann a. a. O. 1 d 4 a; Männer § 70 Anm. 40; Güthe a. a. O. Anm. 22.

6) Auf den Irrtum von Boyens machen aufmerksam Wolff § 142 Anm 16 und Simonson a. a. O.

## § 3 Die öffentliche Beglaubigung.

Die Legitimation des Briefbesitzers muß sich nach § 1155 aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Besitzer zurückführenden Reihe von „öffentlich beglaubigten" Abtretungserklärungen ergeben. Das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung wurde in der zweiten Kommission eingeführt. Ueber den Grund der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung hat sich der Gesetzgeber wiederholt ausgesprochen. So ist in den Protokollen der zweiten Kommission als Grund der Beglaubigung Schutz des Hypothekengläubigers gegen Verlust seines Rechts durch Diebstahl angeführt (Prot. II, 3, S. 651). Im einzelnen wird dabei ausgeführt, es empfehle sich zwar, zur Gültigkeit der Abtretung nur schriftliche Abtretungserklärungen zu erfordern, im § 1114 1) müsse man jedoch an dem Erfordernis, daß die Erklärungen öffentlich beglaubigt sein müssen, festhalten, denn man dürfe den Hypothekengläubiger nicht der Gefahr aussetzen, „sein Recht dadurch zu verlieren, daß ein redlicher Dritter durch Uebergabe des dem Gläubiger gestohlenen Briefes und auf Grund einer von dem Besitzer des Briefes gefälschten Abtretungserklärung die Hypothek erwerbe." Als weiteren Grund der öffentlichen Beglaubigung betonen die Protokolle II, 3 S. 657, es werde eben durch sie die öffentliche Beglaubigung eine erhöhte Garantie geschaffen, daß der Hypothekenbrief jeweils bei der Abtretung von dem einen Vormann dem darauf folgenden übergeben werde und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe. Ebenso sei, wenn man die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung erfordere, die Gefahr einer Fälschung der Abtretungserklärungen eine geringere.

Auskunft über den Umfang der öffentlichen Beglaubigung gibt § 129 BGB. Es muß demnach die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten beglaubigt werden. Die öffentliche Beglaubigung bezieht sich also nicht auf die rechtsgeschäftliche Erklärung als solche, sondern nur auf die darunter gesetzte Unterschrift. Der Inhalt der Erklärung hat nichts mit ihr zu tun, nimmt nicht an der Form teil, auch nicht in dem Sinne, daß sich der Unterzeichner vor der Behörde zu dem Erklärungsinhalt bekennen müßte (Oertmann Erl. 1 zu § 129 BGB.). Im Falle der Unterzeichnung mittels Hand-

1) § 1114 E. I = § 1155 BGB.

zeichen muß dasselbe gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Im übrigen sind für die öffentliche Beglaubigung die Bestimmungen der §§ 167, 183, 191 F.G.G. maßgebend. Zuständig für die Beglaubigung einer Unterschrift sind die Amtsgerichte und Notare § 167 F.G.G., Art. 105 Württ. Ausführungsges. BGB.

Gemäß § 191 F.G.G. kann durch Landesrecht bestimmt werden, daß für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift außer den Amtsgerichten auch andere Behörden oder Beamte zuständig sind. Württemberg hat von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht und bestimmt, daß für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift die Ortsvorsteher und die Ratsschreiber (vgl. Art. 124 A.G. zum BGB.), sowie deren Stellvertreter (s. Gesetz vom 13. 8. 1907, Reg.Bl. S. 296) zuständig sind.

Nach § 183 F.G.G. darf die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einer Unterschrift nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder des Notars vollzogen oder anerkannt ist. Die Beglaubigung geschieht durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk. Der Vermerk muß die Bezeichnung dessen, der die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, enthalten, Ort und Tag der Ausstellung angeben, sowie mit Unterschrift und Stempel versehen sein. Für die öffentliche Beglaubigung eines Handzeichens sind nach § 167 F.G.G. und Württ. A.G. Art. 105 die Amtsgerichte und die Notare zuständig.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die Beglaubigung von Zeichen kann nach § 191 F.G.G. ausgeschlossen werden. (Württemberg hat hievon keinen Gebrauch gemacht.) — Endlich ist in diesem Zusammenhang § 129 Abs. 3 BGB. zu beachten, wonach die öffentliche Beglaubigung durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der ganzen Erklärung ersetzt wird.

Was ist nun aber die Bedeutung der öffentlichen Beglaubigung? Diese liegt darin, daß sie eine ähnliche Wirkung hervorruft, wie die Eintragung im Grundbuch dies tut. Die zweite Kommission hat anläßlich ihrer Schlußrevision II Bd. 6, 267 f., ganz mit Recht betont, daß die öffentliche Beglaubigung gewissermaßen ein Surrogat der Eintragung im Grundbuch sei. Einer gewöhnlichen privatschriftlichen Abtretungserklärung kommt diese Quasigrundbuchstellung nicht zu. Gegenüber Mängeln im subjektiven Gläubigerrecht ist sie wirkungslos. Darüber, ob diese Quasigrundbuchstellung auch der gefälschten Abtretungserklärung, deren Beglaubigung jedoch echt

ist, zukommt s. u. § 4. Eben da soll auch die Wirkung der gefälschten Abtretungserklärung, deren Beglaubigung auch gefälscht ist, besprochen werden.

## § 4 Die Abtretungserklärung.

I. Die Abtretungserklärung ist die Erklärung, daß die Hypothek nicht mehr dem alten Gläubiger, sondern dem neuen Gläubiger zustehen solle. Der Wille, daß das Hypothekenrecht von dem alten auf den neuen Gläubiger übergehen soll, muß in der Erklärung einen und sei es auch nur im Wege der Auslegung erkennbaren und feststellbaren Ausdruck gefunden haben.

II. Hat sich ein Hypothekengläubiger aus irgendeinem Grunde z. B. Kauf, Schenkung, Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die Hypothek auf einen anderen zu übertragen und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so kann seine Abtretungserklärung durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden, § 894 CPO. Die Abgabe der Willenserklärung wird „fingiert". Mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils gilt sie als abgegeben. Somit steht also der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ein mit einem Rechtskraftzeugnis versehenes Urteil, das den Schuldner zur Abgabe der Abtretungserklärung verurteilt, gleich (Fuchs Erl. 3 a a.a.O.). Nach § 897 Abs. 2 CPO. gilt die Uebergabe des Hypothekenbriefs als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Hypothekenbrief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt. Wegnahme des Briefs und Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung sollen die Wirkung haben, die der rechtsgeschäftlichen Abtretung und Uebergabe zukommt. Nach § 898 CPO. werden daher folgerichtig auf einen solchen Erwerb, der sich nach den Vorschriften der §§ 894, 897 CPO. vollzieht, die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens angewandt. Ist der Legitimierte zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt, so wird der, zu dessen Gunsten das verurteilende Erkenntnis lautet, geschützt, wenn er zur Zeit der Rechtskraft des Urteils und zur Zeit der Wegnahme des Hypothekenbriefs durch den Gerichtsvollzieher gutgläubig ist. Der Gerichtsvollzieher handelt bei der Wegnahme des Briefes nicht als Vertreter des Gläubigers. Die Anwendung des § 166 BGB. ist daher auf ihn nicht möglich.[1]) Seine Kenntnis

1) S. Stein-Jonas Anm. II zu § 898; Baumbach Anm. 2 zu § 898 A. M. R. G. Z 77, 24 ff.

von dem Nichtrecht des Legitimierten ist belanglos. Stein-Jonas Anm. 2 zu § 898 nimmt an, daß im Falle der freiwilligen Uebergabe des Briefes an den Gerichtsvollzieher dieser Vertreter sei und somit § 166 Abs. 1 BGB. Anwendung finde. M. E. kann der Fall der freiwilligen Uebergabe nicht anders wie der Fall der Wegnahme des Briefes behandelt werden. In beiden Fällen handelt der Gerichtsvollzieher als Amtsperson, es kommt daher nie auf seinen guten oder bösen Glauben an, sondern nur auf den des Gläubigers. 2)

III. Eine Abtretungserklärung, die bis auf den Namen des neuen Gläubigers vollständig ist, eine sogenannte Blankoabtretung, ist unwirksam. Allerdings waren nach dem früheren preußischen Recht (vgl. § 55 Preuß.Eig.Erwerbsges.) und nach der früheren Mecklenburgischen Praxis (vgl. für diese R.G.Z. 17, 115 ff.) Blankoabtretungen möglich. Für unser heutiges Recht gilt dies jedoch nicht Die Motive Bd. 3, 783 haben ausdrücklich die Aufnahme einer dem § 55 des Preuß. Eig.Erwerbsges. entsprechenden Bestimmung abgelehnt und auch bei den Beratungen der zweiten Kommission wurden Anträge auf Zulassung der Blankoabtretung bei Briefhypotheken und Grundschulden abgelehnt (Prot. II, 3, 651 ff., 713—719). Das R.G hat in einer grundsätzlichen Entscheidung siehe R.G.Z. 63, 230 die rechtliche Unwirksamkeit der Blankoabtretung dargetan und u. a. ausgeführt, daß die Fälle, in denen wie in § 365 H.G.B. und Art. 12 der W.O. durch bloßes Hinschreiben des Namens oder durch lückenhattes Gestalten eines über einer Unterschrift stehenden Textes eine rechtliche Wirksamkeit entsteht, Ausnahmevorschriften sind, die auf andere Fälle nicht übertragen werden dürfen. Das BGB., führt das R.G. weiter aus, geht von der Regel aus, daß in Fällen, in denen die schriftliche Form erfordert wird, die schriftliche Urkunde eine bestimmte Person als Berechtigten aufzuweisen habe. Dies ist nach R.G. daraus zu entnehmen, daß nur für bestimmte Fälle, z. B. § 793 BGB., Urkunden, in denen der Name des Berechtigten fehlt, eine rechtliche Wirkung zuerkannt ist. Dadurch, daß es, was die Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld anbetrifft, an einer entsprechenden Ausnahmevorschrift fehlt, folgert das R.G. mit Recht, ist die Uebertragung einer Blankoabtretung unmöglich.

Uebrigens ist auch aus dem Wortlaut des § 1154 BGB., der von einem „bisherigen" und einem „neuen" Gläubiger spricht, zu ent-

2) S. Baumbach § 898 Anm. 2.

nehmen, daß die Blankoabtretung nach heutigem Recht unmöglich ist. Auch durch nachträgliche Ausfüllung der Urkunde kann die Blankoabtretung keine Wirksamkeit erlangen. 3)

Dies ist die herrschende Ansicht. 3a) Dernburg hat zwar in seinem Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 2 § 135 Anm. 9 die Gültigkeit von Blankozessionen auch für hypothekarisch gesicherte Forderungen und Grundschulden angenommen, in der später erschienenen 3. Auflage seines Werkes Bd. 3 S. 723 Nr. 2 sich aber der herrschenden Ansicht angeschlossen. Ueberträgt also der legitimierte Inhaber des Hypothekenbriefs die Hypothek durch eine Blankoabtretung, so wird der durch diese Erwerbende nicht geschützt, auch guter Glaube kann dem Erwerber nicht helfen, selbst dann nicht, wenn der Legitimierte der wahre Berechtigte ist. Der gute Glaube schützt nicht gegen Mängel im Erwerbsakt, sondern nur gegen Mängel im Rechte eines Rechtsvorgängers.

Wie ist nun folgender Fall zu entscheiden? E. ist Eigentümer eines Grundstücks. Auf dem Grundstücke des E. wurde für M. eine Hypothek eingetragen. E. hatte jedoch den vereinbarten Gegenwert nicht erhalten. M. gab nun zur Deckung einer Kaufschuld den Hypothekenbrief und eine beglaubigte Blankoabtretung dem T. Einige Zeit später trat T. die Hypothek dem X. dadurch ab, daß er in die Blankoabtretung des M. den Namen des X. einrückte. Ist nun X. Hypothekengläubiger geworden? Wurde von M. oder von T. über die Post, die ja dem E. als Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 1 BGB.) zustand, wirksam verfügt? Dies ist grundsätzlich (vgl. Urteil des K.G. vom 20. 3. 1917, O.L.G. 35, 337) zu verneinen. X. hätte hier die Hypothek nur dann erwerben können, wenn er direkt mit M. verhandelt hätte. M. war zwar nicht Hypothekar, die Hypothek stand dem E. als Eigentümerhypothek zu, das Grundbuch war unrichtig, wohl aber war M. durch seine Eintragung im Grundbuch als Gläubiger legitimiert. Als solcher hätte er (und nur er) zu Gunsten eines solchen, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kannte, wirksam verfügen können (§§ 891, 892, 1138, 1157, 1154). X. hat aber nicht mit M. verhandelt, sondern mit T. T. war aber nie Hypothekar, er besaß auch nicht die Legitimation eines solchen, er war weder im Grundbuch eingetragen, noch war er durch eine auf ihn lautende öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des M. ausgewiesen. T.

3) So R.G.Z. 63, 230 ff O.L.G. 35,337. A.M. O.L.G. 29, 367.
3a) S. auch R.G. Jur. W. 1928 S. 154.

war nur im Besitze einer Blankoabtretung; eine solche ist jedoch nach unserem heutigen Rechte, wie oben dargelegt, rechtlich überhaupt unwirksam. Der Inhaber einer solchen Blankoabtretung ist also, da es derselben an jeder rechtlichen Wirksamkeit fehlt, nicht i. S. des § 1155 legitimiert. X. hat also kein Gläubigerrecht erworben, da er nicht von einem Legitimierten erworben hat. Wohl aber ist X. für fernere Abtretungen legitimiert, zu Gunsten solcher, die sein Nichtrecht nicht kennen, gilt er als Gläubiger. Wie ist endlich der Fall zu entscheiden, wenn T. vor der Abtretung der Post an X. seinen Namen in die Blankoabtretung eingerückt hätte? Hier hätte zwar T. kein Recht erworben, da eine Blankoabtretung auch durch nachträgliche Ausfüllung keine Rechtswirksamkeit erlangen kann (s.o.). T. wäre jedoch zu Gunsten des X. legitimiert gewesen, der von ihm im guten Glauben die Hypothek hätte erwerben können.

Anschließend hieran ist es aber notwendig, zu bemerken, daß in strengem Sinne von einer Blankoabtretung nicht gesprochen werden kann, wenn der Hypothekengläubiger eine Abtretungsurkunde, in der der Name des Erwerbers offengeblieben ist, einem andern mit der Ermächtigung übergeben hat, über die Hypothek „frei" zu verfügen.

Hierin ist nach R.G.Z. 81, 261 die im voraus erteilte Einwilligung s. § 185 BGB. in die von dem andern zu treffenden Verfügungen zu erblicken. Die Ermächtigung richtet sich hiebei nicht an einen bestimmten Dritten, dagegen aber an jeden, mit dem der, dem die Blankoabtretung übergeben wurde, in Verhandlungen tritt und abschließt. Hatte nun in unserem obigen Beispiel M. dem T. die Ermächtigung erteilt, „frei" über die Hypothek zu verfügen, so wird X. Hypothekengläubiger. In R.G.Z. 81, 261 ist noch der Grundsatz aufgestellt, daß, wer einem anderen Grundschuldbriefe und zugleich unterschriebene Abtretungsformulare aushändigt, dadurch in der Regel zu erkennen gibt und zwar nicht nur dem andern, sondern auch jedem Dritten, daß er den Urkundsinhaber zur freien Verfügung über jene Grundschuldbriefe ermächtigt habe.[4]) Ist in unserem obigen Falle also anzunehmen, daß in der Uebergabe des Hypothekenbriefs und der unausgefüllten Abtretungsurkunde an T. eine Ermächtigung von Seiten des M. zu erblicken ist, über die Hypothek frei zu verfügen, so kommt durch die Uebergabe des Hypothekenbriefs

4) Ebenso in der interessanten Entsch. des R.G. Warn. 8 318 ff. und in R.G. Jur. W. 1928 S. 175.

an X. und durch die Ausfüllung der Abtretungsurkunde mit dem Namen des X. das Gläubigerrecht des X. zustande.

Der Anwendung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens stehen also hier, für den Fall der wirklich erteilten und für den Fall der fingierten Ermächtigung, über die Hypothek „frei" zu verfügen, keine Bedenken entgegen. Der Ansicht des R.G. muß beigetreten werden.

IV. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ist die notarielle Ausfertigung eines notariellen Protokolls über die Abtretungserklärung gleich zu setzen. Dies ergibt sich aus dem § 129 Abs. 2 BGB. und dem § 26, 29 Gr.B.O., nach denen die öffentliche Beglaubigung durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt wird und öffentliche Urkunden ausreichen, um die Umschreibung im Grundbuch herbeizuführen. Solche öffentlichen Urkunden sind nicht nur die notariellen Urschriften, sondern auch die notariellen Ausfertigungen, die die Unterschrift und das Siegel des Notars tragen. Denn die Ausfertigungen sind dazu bestimmt, die Urschriften, die im Gewahrsam des Notars bleiben, im Verkehr zu vertreten.

Auch nach württ. Recht haben die Urschriften der über Rechtsgeschäfte und Tatsachen aufgenommenen Urkunden in der Verwahrung derjenigen Behörde oder Urkundsperson zu bleiben, die sie aufgenommen hat (vgl. Art. 116, 123 Württ. Ausf.Ges. BGB.).

Ist ein Rechtsgeschäft gerichtlich beurkundet, so ist nach § 182 Fr.G.G. die Ausfertigung von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Amtsgerichts, das die Urkunde aufgenommen hat, zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Im übrigen wird aber durch Landesrecht bestimmt, wer die Ausfertigung einer notariellen Urkunde zu erteilen hat. Nach württ. Recht sind die Notare zuständig. Art. 117 Ausf.Ges. z. BGB. Ueber die Form der Ausfertigung einer notariellen Urkunde siehe Art. 118 Württ. Ausf.Ges. z. BGB.

Wie nun aber, wenn den notariellen Ausfertigungen gar keine oder gefälschte Urkunden zu Grunde liegen? Auch dann ist die Gültigkeit der Ausfertigungen nicht zu bezweifeln. Sie sind keine Fälschungen i. S. der §§ 267 ff. St.G.B., sondern e c h t e Urkunden, die widerrechtlich unter Verstoß gegen § 348 St.G.B. aufgenommen sind.[5])

5) Vgl. R.G.St. 30,239; 31, 42.

Den Ausfertigungen ist sonach eine selbständige, von den Urschriften unabhängige Geltung beizumessen. 6)

Anders ist es jedoch mit der öffentlich beglaubigten Abschrift einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde. Wenn eine Urschrift nicht vorhanden ist, sondern nur die öffentlich beglaubigte Abschrift einer solchen Urschrift, so wird der Erwerber, der auf eine solche traut, nicht geschützt, denn nur die Ausfertigung, nicht die öffentlich beglaubigte Abschrift ist dazu bestimmt, das Original im Verkehre zu ersetzen. Die öffentlich beglaubigte Abschrift ist keine geeignete Geschäftsgrundlage für den gutgläubigen Erwerb, wer ihr traut, tut es auf eigene Gefahr und wird nicht geschützt. 7)

V. Schwierig ist die Frage zu entscheiden, ob derjenige als legitimiert anzusehen ist, der im Besitze einer auf ihn lautenden gefälschten Abtretungsurkunde ist. Die herrschende Lehre und auch die Rechtsprechung nehmen schlechtweg an, daß Fälschungen, die geeignet sind, den Schein einer echten Urkunde hervorzurufen, eine geeignete Geschäftsgrundlage für den gutgläubigen Erwerb bilden, und zwar ist es hienach gleichgültig, ob die Unterschrift unter der Abtretungserklärung gefälscht, Siegel und Unterschrift des beglaubigenden Notars aber echt oder aber ob auch letztere gefälscht sind. 8)

Man wird aber diese beiden Fälle wohl auseinanderhalten müssen. Sind Siegel und Unterschrift des Notars echt, die Unterschrift des Abtretenden aber gefälscht, so ist der Erwerber, der im guten Glauben von dem so legitimierten Inhaber den Hypothekenbrief erwirbt, zu schützen. Es erfordert gewissermaßen das Verkehrsinteresse, daß der, der sich auf einen öffentlichen Rechtsakt (die Beglaubigung des Notars) stützt, in seinem Erwerbe geschützt ist. Gerade so, wie der geschützt wird, der sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs verläßt, muß der geschützt sein, der sich auf eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde stützt, die, wie oben dargelegt, ein Surrogat für die Eintragung im Grundbuch bildet. Will man darüber hinaus jedoch den § 1155 auch dann zur Anwendung

---

6) Vgl. R.G.Z. 85, 58. Das R.G. wendet sich in diesem Urteil gegen die Annahme der Revision, dass notarielle Ausfertigungen, denen keine Urkunden zugrunde liegen, Fälschungen im rechtlichen Sinne ein „nichts" seien. Vgl. noch O.L.G. 29, 368 und Recht 1914 Nr. 58.

7) Vgl. Mündheim S. 16 f.

8) R.G.Z. 85 S. 58 ff; 86, 262 ff; 93, 44 ff; Plank a. a. O. Erl. 2 b γ; Staudinger a. a. O. I γ; Wolff a. a. O. § 142 VIII Anm. 17 R.O.H.G. 2, 281.

bringen, wenn lediglich eine „äußerlich einwandfreie Beglaubigung“ (R.G.Z. 86, 262 ff.) vorliegt, so ist dies in höchstem Maße bedenklich. Es ist daher Mündheim S. 57 f. in vollem Umfang beizutreten, wenn er diese Auffassung ablehnt. Mit Recht führt er u. a. aus, daß die Abtretungserklärung, die nur öffentlich beglaubigt zu sein scheine, ebensowenig Träger des öffentlichen Glaubens sein könne wie das Grundbuch, das nur den Anschein eines solchen habe, in Wirklichkeit aber keines sei. Der Erwerber, der einem solchen Schwindel zum Opfer falle, müsse vor dem Berechtigten zurücktreten und sich mit dem Schutz durch das Strafrecht und die Gewährsmängel begnügen. — Es ist also mindestens Echtheit der Beglaubigung zu erfordern.

Echtheit der Abtretungserklärung ist, wie aus dem vorstehenden folgt, für die Anwendung des § 1155 nicht Voraussetzung. Es fragt sich aber, wie es mit der Anwendung dieses Paragraphen steht, wenn der durch die Abtretungsurkunde Ausgewiesene den Hypothekenbrief samt Abtretungsurkunde von jemanden erhalten hat, dem es an der Geschäftsfähigkeit mangelt oder dem das Verfügungsrecht über die Hypothek sonstwie entzogen ist (ein Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung), oder dessen Erklärung nicht frei oder nicht ernstlich war.

Es ist zu bemerken, daß diese Mängel der Abtretungserklärung die Anwendung des § 1155 nicht ausschließen und dem gutgläubigen Erwerber nicht entgegengehalten werden können, denn die Richtigkeit des Inhalts der Uebertragungsurkunden, welche das Gläubigerrecht eines Vormannes begründen, muß im Interesse der Verkehrssicherheit dem Erwerber der Hypothek geradeso gewährleistet werden, wie die Uebergabe des Hypothekenbriefs an einen früheren Vormann. Für den Erwerber der Hypothek besteht nur die Pflicht, nachzuprüfen, ob der Uebergang der Hypothek auf den legitimierten Inhaber durch eine ununterbrochene Reihe die Uebertragung ergebender Urkunden vermittelt wird. Zu einer darüber hinausgehenden Prüfung der beurkundeten Vorgänge ist der Erwerber der Hypothek meist gar nicht im Stande. Der Erwerber, der den Hypothekenbrief von einem durch eine derartige mangelhafte Abtretungserklärung Ausgewiesenen erhält, ist ebenso geschützt, wie wenn er von einem im Grundbuch Eingetragenen erworben hätte.

Die Mot. III 753 führen mit Recht aus, daß wenn man Mängel im Rechte eines Vormannes, obwohl sie aus den Urkunden nicht

ersichtlich und auch sonst dem Erwerber der Hypothek nicht bekannt sind, dem Erwerber doch entgegenhalten könne, das Institut der Briefhypothek, anstatt den reellen Verkehr zu fördern, für ihn eine Falle werden und so seinen praktischen Wert verlieren würde.[9])

VI. Im § 1155 ist nichts über die Voraussetzungen bestimmt, unter denen der gutgläubige Erwerber geschützt wird, wenn eine der beglaubigten Abtretungserklärungen von einem Vertreter des abtretenden Gläubigers abgegeben worden ist. Die Frage ist in der Weise zu lösen, daß die Vollmachten zu den Abtretungserklärungen, obwohl § 1155 nur von diesen spricht, gehören, daß auch also sie zum Ausweise des Gläubigerrechts erforderlich sind.

Bezüglich der Form der Vollmachten gilt dasselbe, was oben zu den Abtretungserklärungen gesagt ist.

Verborgene Mängel einer Vollmacht (die Vollmacht wurde z. B. von einem Geschäftsunfähigen erteilt oder sie ist gefälscht) können einem gutgläubigen Erwerber der Briefhypothek nicht entgegengehalten werden, so wenig wie auch bei Eintragungen im Grundbuch zu Ungunsten des gutgläubigen Erwerbers auf nicht sichtbare Mängel des Grundbuchs zurückgegriffen werden kann. Geht also ein der Vollmacht anhaftender Mangel aus der Vollmachtsurkunde nicht hervor, so wird der gutgläubige Erwerber geschützt, es gilt in dieser Hinsicht das gleiche Prinzip wie oben unter V.

Ist die Vollmacht gefälscht, so müssen die Unterschrift und das Siegel des beurkundenden Notars echt sein.[10])

Wie ist folgender Fall zu entscheiden? A. ist Hypothekengläubiger, er hat B. notarielle Vollmacht erteilt, ihn in sämtlichen, die Hypothek betreffenden Angelegenheiten zu vertreten. A. widerruft die Vollmacht, dessen ungeachtet tritt B. die Post an C., dieser sie an D. ab. Hier ist nun klar, daß C. nicht berechtigt wurde, da die Vollmacht des B. erloschen war, guter Glaube in Hinsicht auf die Vertretungsmacht ist belanglos. Wie steht es aber mit der Legitimation des C.? Diese ist dann anzunehmen, wenn C. eine notarielle (oder auch öffentlich beglaubigte) Vollmachtsurkunde besitzt, nach welcher B. bei Abgabe der Abtretungserklärung Vertretungsmacht hatte und wenn notariell beglaubigt ist, daß der Unter-

9) Plank a. a. O. Fischer Arch. Bürgl. Recht 14 1898 S. 277 Anm. 67; Biermann a. a. O. Erl. 1 a; Fuchs a. a. O. Erl. 3 a; R.G. Warn. 8, 318; O.L.G. 29, 368; 388; Recht 1913 Nr. 1606; 1914 Nr. 61.

10) Vgl. Plank a. a. O.; Komm. v. R.G.R. Erl. 2 a. a. O.

zeichner der vorhergehenden und auf ihn (C.) lautenden Abtretungserklärung (B.) sich bei der Abgabe seiner Unterschrift auf der Abtretungsurkunde als Vertreter des A. ausgewiesen habe. An der Legitimation des C. kann es nichts ändern, wenn nicht C., sondern der Erwerber D. im Besitze der Vollmachtsurkunde ist. Ist D. bei dem Erwerbe der Hypothek von C. gutgläubig, so ist sein Rechtserwerb unangreifbar. 11)

VII. Was in Vorstehendem von der Vollmacht gesagt ist, gilt ebenso von der Vertretungsmacht anderer Vertreter, z. B. solcher, deren Vertretungsmacht auf Gesetz beruht.

Verborgene, d. h. nicht erkennbare Mängel können auch hier dem gutgläubigen Erwerber nicht entgegengehalten werden. S. Plank Erl. 2 b α a.a.O. und insbesondere Urteil des O.L.G. Rostock vom 17. Februar 1915 O.L.G. 31, 346, wo es sich um den Mangel der Vertretungsmacht des Vaters handelt (der Vater hatte die Hypothek zur Sicherung einer eigenen Schuld abgetreten (s. § 1822 Ziff. 10 BGB.).

M. E. zu Unrecht gegen das genannte Urteil des O.L.G. Rostock Josef 12), der grundsätzlich der Meinung ist, habe ein gesetzlicher Vertreter die Hypothek des Mündels oder Kindes unter Uebergabe des Hypothekenbriefes in beglaubigter Form abgetreten, sei diese Abtretung aber unwirksam, weil er hiezu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds bedurft hätte und habe der Erwerber sodann in gleicher Weise an einen Dritten abgetreten, der diese Abtretung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für wirksam gehalten habe, so könne der Erwerber sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Die Ansicht von Josef ist deshalb abzulehnen, weil sie dem in den Mot. III, 753 ausgesprochenen Gedanken des Gesetzgebers, den Erwerber gegen verborgene, aus den Urkunden nicht ersichtliche Mängel und Rechte eines Vormannes zu schützen, widerstreitet. Im allgemeinen bedarf der gesetzliche Vertreter des Mündels oder Kindes nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über eine Hypothek § 1821 Abs. 2. Der zweite Erwerber ist also geschützt, wenn er nicht weiß, daß die erste Abtretung genehmigungsbedürftig war (s. § 1822 Ziff. 10) und wenn die Genehmigungsbedürftigkeit aus den Abtretungsurkunden nicht hervorgeht.

11) Vgl. O.L.G. 29, 388 f; R.G. Warn. 8, 318; Staudinger a. a. O. Erl. 7; Recht 1915 Nr. 2504.

12) Sächs. Arch. 1917, 121 ff.

## § 5 Der gerichtliche Ueberweisungsbeschluß

I. Zur Pfändung einer Briefhypothek ist außer einem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich § 830 CPO. Zur Ueberweisung der gepfändeten Hypothekenforderung — vgl. § 835 CPO. — ist bei der Briefhypothek nur die formlose Aushändigung des Ueberweisungsbeschlusses erforderlich § 837 CPO. 1)

II. Im allgemeinen besteht kein Zweifel darüber, was unter einem gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß i. S. des § 1155 zu verstehen ist. Es ist darunter ein Beschluß des Vollstreckungsgerichts zu verstehen, durch den die gepfändete Hypothekenforderung dem Pfändungsgläubiger an Zahlungsstatt zum Nennwert überwiesen wird. Eine Ueberweisung zur Einziehung steht nach der allgemeinen Meinung der Ueberweisung an Zahlungsstatt nicht gleich, da nur letztere eine Ausscheidung aus dem Schuldnervermögen bewirkt, während erstere den Pfändungspfandgläubiger nur zur Einziehung der Forderung des Schuldners berechtigt, nicht aber zur Weiterübertragung der Forderung. 2)

Plank a.a.O. 2 b β und Biermann a.a.O. Erl. 1 b heben zutreffend hervor, daß der Einziehungsberechtigte, wenn der Eigentümer die Hypothekenforderung tilgt, wohl die Befugnis zur Ausstellung einer Quittung hat, nicht aber die Befugnis, dem zahlenden Eigentümer das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis eines kraft Gesetzes erfolgten Uebergangs der Hypothek auszustellen.

A. M. zum Teil Predari a.a.O. S. 153 Nr. 18, der zwar ausführt, daß die Ueberweisung zur Einziehung den Vollstreckungsgläubiger nicht zur Uebertragung der Forderung befähigt, der aber weiterhin der Auffassung ist, daß er ein den Vollstreckungsschuldner (Hypothekengläubiger) bindendes Anerkenntnis, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen sei, abgeben und so den Zusammenhang zwischen den für die Anwendung des § 1155 unerläßlichen Uebertragungsurkunden herstellen könne. Man wird der Ansicht Predaris nicht beitreten können. Die Rechtsstellung des Einziehungsberechtigten reicht hiezu nicht aus. 3)

1) Vgl. Baumbach und Stein-Jonas zu §§ 829, 830, 835, 837 CPO.

2) Dies ist die Auffassung von Güthe a. a. O. Anm. 24; Achilles Strecker Erl. 5 a zu §§ 40, 41 GBO.; Oberneck 2 II § 133 Nr. 2 g *ff*; Fuchs a. a. O. Erl. 3 b; Komm. v. R.G.R. a. a. O. Erl. 4.

3) Wolff steht § 142 Anm. 23 grundsätzlich auf dem Boden der herrschenden Lehre. Er hält jedoch auch bei einer Ueberweisung zur Einziehung die An-

III. Was nun diesen Ueberweisungsbeschluß anbetrifft, so kommt seiner Gleichstellung mit der Abtretungserklärung nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, die Bedeutung zu, daß der, dem die Forderung überwiesen ist, den Schutz des guten Glaubens für sich in Anspruch nehmen darf und daß ihm gegenüber Einwendungen gegen das Recht aus der Person des Hypothekenschuldners oder eines Rechtsvorgängers wirkungslos sind. Diesen Schutz hat nur der gutgläubige Zessionar dessen, dem die Hypothekenforderung an Zahlungsstatt überwiesen ist. Als letzter Uebertragungsakt kann also ein Ueberweisungsbeschluß nicht dienen. Der Erwerb durch Pfändung und Ueberweisung an Zahlungsstatt kann daher nur als Zwischenglied dienen; Endglied der Reihe, also diejenige Urkunde, die den gutgläubigen Erwerb herbeiführt, muß stets eine Abtretungserklärung sein.

Dies ist auch die Auffassung des Gesetzgebers, die anläßlich der Beratungen der zweiten Kommission zum Ausdruck gelangte.

Von der zweiten Kommission wurde ein bei diesen Beratungen gestellter Antrag (s. Prot. II, 3, S. 656, Ziff. 3), dem Ueberweisungsbeschluß eine weitergehende Wirkung beizumessen, abgelehnt. Die Protokolle (II, 3 S. 657) führen aus, daß der Antragsteller den, der die Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung erworben habe, geradeso geschützt wissen wollte wie den, der im Wege der Abtretung die Hypothek erworben habe. Der Antragsteller habe zur Begründung dieses Antrags vorgetragen:

„Es sei unlogisch und unpraktisch, nur den im Wege der Abtretung erwerbenden Gläubiger zu schützen, weil derjenige, welcher die Hypothek durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung erwerbe, sich leicht vor allen Einwendungen dadurch schützen könne, daß er die ihm überwiesene Hypothekenforderung schleunigst an einen gutgläubigen Dritten weiterzediere. Der Gesetzgeber müsse von einer Regelung Abstand nehmen, bei welcher der geschäftskundige Gläubiger einen Vorteil vor dem weniger geschäftskundigen Gläubiger erhalte."

---

wendung des § 1155 BGB. nicht für ganz ausgeschlossen. Für den Schutz des guten Glaubens ist nach seiner Ansicht dann Platz, wenn es sich zwar nicht um eine Weiterabtretung der Briefhypothek, wohl aber um eine Leistung des Hypothekenschuldners an den Einziehungsberechtigten handelt. § 893 BGB. i. V. mit 1155 BGB. Man wird Wolff hierin beistimmen können. S. noch Goldmann Lilienthal II S. 506 Anm. 23.

Dieser Antrag wurde von der Kommission, wie bereits erwähnt, abgelehnt. Es wurde beschlossen, durch die Fassung des § 1114 4) klar stellen, daß nur dem nach Maßgabe des § 1114 Schutz zu gewähren sei, der durch eine Abtretungserklärung die Hypothek von dem letzten legitimierten Gläubiger erworben habe. Es wurde hiebei erwogen: Man müsse grundsätzlich auch bei der Abtretung von Hypotheken davon ausgehen, daß niemand mehr Rechte übertragen könne, als ihm selbst zustehen. Ein Zessionar erwerbe also grundsätzlich die Hypothek mit der Rechtslage seines Vormannes. Im Interesse des Realkredits aber sei jedoch dem gutgläubigen, die Hypothek durch eine Abtretungserklärung Erwerbenden nach Maßgabe des § 1114 Schutz zu gewähren. Diese Gründe, insbesondere auch die Rücksicht auf den Schutz des guten Glaubens im Verkehr, würden jedoch bei einem Erwerbe durch Zwangsvollstreckung nicht zutreffen; es sei mithin keine Anomalie, im Falle des Erwerbs durch Zwangsvollstreckung die Vorschriften über den gutgläubigen Schutz nicht anzuwenden. Es sei richtig, „daß der Pfändungspfandgläubiger die ihm überwiesene Forderung weiterzedieren könne und dem Zessionar dann der Schutz des § 1114 zur Seite stehe. Dies bilde aber für den Gesetzgeber keinen Grund, den gleichen Schutz auch dem Pfändungsgläubiger zu gewähren." 5)

### § 6 Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung.

#### Entstehungsgeschichte.

Gleichgestellt der Abtretungserklärung und dem Ueberweisungsbeschluß ist nach dem Gesetz das „öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung". Plank (Erl. 2 b γ) hebt zutreffend hervor, daß die Vorschrift, die diese Gleichstellung festsetzt, zu vielen Zweifeln Anlaß gibt.

4) Entwurf 1 § 1114 „Ist derjenige, dessen Recht als Gläubiger der Forderung durch eine Zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen begründet wird, Inhaber des Hypothekenbriefs, so hat die von ihm erklärte Abtretung, so; wie die Uebertragung der Forderung im Wege der gegen ihn erwirkten Zwangsvollstreckung in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek dieselben Wirkungen, wie wenn er als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen gewesen wäre".

5) Derselben Meinung wie im Text Güthe a. a. O.; Anm. 24 Oberneck a. a. O.; Fuchs a. a. O. 3b; Predari a. a. O; S. 155; Dernburg a. a O. § 232 II 3 a; Komm. v. R.G.R. a. a. O. Erl. 4; Biermann a. a. O. Erl. 1 b; Kretzschmar, Einf. in das Grundbuchr. S. 272; Staudinger a. a. O. V a; Plank a. a. O. 2 b γ.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 1155 ist zu erwähnen, daß der erste Entwurf (§ 1114) nur von Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüssen sprach (vgl. oben § 5 Anm. 4). In den Motiven (Mot. III S. 752 Ziff. 1) sind diesen Urkunden diejenigen Urkunden gleichgestellt, die einen gesetzlichen Uebergang beweisen. Die Stelle der Motive lauten folgendermaßen:

„Vorausgesetzt wird, daß die Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüsse, oder wenn ein gesetzlicher Uebergang vorgekommen ist, die diesen beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen und das Recht des Briefinhabers als Gläubiger ergeben."

Im Gesetz jedoch hat, wie oben bereits schon erwähnt, die Gleichstellung von Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüssen mit solchen Urkunden, die einen gesetzlichen Uebergang begründen, keinen Ausdruck gefunden. Eine Ausdehnung über Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüsse hinaus hat das Gesetz erst durch die zweite Kommission erfahren, und zwar wurde diesen Urkunden das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung gleichgestellt. Der erste 1) der auf Aenderung des Gesetzes gerichteten Anträge lautete: „Den Uebertragungsurkunden steht . . . . . im Falle der Uebertragung kraft Gesetzes die in einer öffentlich beglaubigten Urkunde enthaltenen Anerkenntniserklärung des bisherigen Gläubigers gleich, daß die Uebertragung auf den neuen Gläubiger kraft Gesetzes erfolgt ist"; während der zweite 2) der Anträge inhaltlich übereinstimmend mit der Fassung des BGB. § 1155 folgenden Wortlaut vorschlug: „Der Abtretungserklärung steht . . . . das gerichtlich oder notariell beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung gleich." Dieser zweite Antrag fand die Billigung der Kommission. 3) In den Protokollen suchen wir vergeblich nach einer Begründung der Ausdehnung des Gesetzeswortlauts. Es findet sich in den Protokollen (Prot. II 3, 658) lediglich der Satz: „gegen den Vorschlag, das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Abtretungserklärung gleichzustellen, erhob sich kein Widerspruch".

---

1) Prot. II 3 S. 654 V 1 ähnlich Antrag 5 S. 655 a. a. O.

2) Prot. II 3, S. 654 V 2.

3) Prot. II 3, 656 „die Komm. nahm den Antrag 2 seinem sachlichen Inhalt nach an".

## § 7 Fälle des gesetzlichen Uebergangs.

I. Es wäre nunmehr zu prüfen, welche Fälle des gesetzlichen Uebergangs der Hypothek die Gesetzesvorschrift des § 1155 eigentlich umschließt. Zunächst ist zu bemerken, daß hieher sowohl die Fälle gehören, in denen die Hypothekenforderung auf den Eigentümer oder einen Dritten übergeht, als auch die Fälle, in denen die Hypothek ohne Forderung, also als Grundschuld übergeht. Wenn auch das Gesetz nur von einer Uebertragung der Forderung spricht, so hindert dies trotzdem nicht eine Anwendung der Vorschrift des § 1155 auf die Fälle, in denen das bloße dingliche Recht, also die Hypothek ohne Forderung übergeht, da gemäß § 1192 BGB. auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden.[1]) Das Wort „Forderung" ist offenbar nur mit Rücksicht auf § 1153 BGB. gewählt. (Vgl. Staudinger Erl. VI a und Plank Erl. 2 b).

II. Die Fälle des gesetzlichen Uebergangs der Hypothek mit Forderung sind die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist (§§ 1143, 1144); die Befriedigung des Gläubigers durch einen Ablösungsberechtigten (§§ 268, 1150); durch einen gemäß § 774 BGB. rückgriffsberechtigten Bürgen; durch einen ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner (§§ 426, 1173 Abs. 2, § 1182) durch den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner (§§ 1164, 1174), sowie nach dem R.G. über den Versicherungsvertrag durch den Versicherer gemäß § 102 V.V.G.

III. Fälle des Uebergangs der Hypothek ohne Forderung sind die Fälle des Erlöschens der Hypothekenforderung. Hieher gehören Befriedigung des Gläubigers durch den Grundstückseigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist; weiter Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten, der weder ablösungsberechtigt noch Bürge noch ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner oder Mitbürge ist, endlich Befriedigung des Gläubigers durch einen Schuldner, der nicht ersatzberechtigt ist (vgl. § 1163 Abs. 1 Satz 2). Weiter

1) So Dronke Z.f.F.G.G. S. 957 ff. 1901; Biermann a. a. O. Erl. 1 c α; Fuchs a. a. O. Erl. 3 c; Turnau-Förster a. a. O. Erl. 5: Goldmann-Lilienthal II § 29 Anmerkung 78; Komm. v. R. G. R. Erl. 5; Güthe a. a. O. Anmerkung 25; Oberneck § 133, 2 g δ; Z.d.N.V. 03, 155 f; Predari a. a. O. S. 154; Plank a. a. O. Erl 2 b γ; Bollenbeck Z.d.N.V. 01, 44; Wolff § 142 VIII 2 a. A.M. L.G. Köln in seinem Beschluss vom 17. 5. 1900 Z.f.F.G.G. Bd. 1, 971: § 1155 spreche nur von dem Falle, dass über die Forderung eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen vorliege; den Fall einer mehrfachen Uebertragung des blossen Hypothekenrechtes gleichzustellen, erscheine nicht ohne weiteres zulässig.

gehören in diese Kategorie der Fall des § 1177 Abs. 1, die Fälle der §§ 1170, 1171 endlich die Fälle des § 868 CPO. Die Fälle des Verzichts auf die Hypothek sollen gesondert dargestellt werden.

IV. Fälle des Verzichts auf die Hypothek. Bestritten ist die Frage, ob § 1155 BGB. auch für den Fall des § 1168 und des Falls des § 1174 (Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek) zur Anwendung kommt. Von einer Reihe von Schriftstellern 2) wird für diesen Fall die Anwendung des § 1155 unter folgender Argumentation ausgeschlossen: § 1155 würde nur von dem außerhalb des Grundbuchs sich vollziehenden Uebergang handeln. Es würden daher die Fälle ausscheiden, in denen sich der Uebergang des Hypothekenrechts nicht außerhalb des Grundbuchs, sondern nur durch Eintragung in das Grundbuch vollzieht. Ein solcher Fall sei der des § 1168 BGB., da hier bei dem Verzicht des Gläubigers sich der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer nur durch Eintrag in das Grundbuch vollziehe. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Denn die Gültigkeit des Verzichts fordert nur dessen Eintragung, nicht aber die des nunmehrigen Gläubigers (des Eigentümers). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb der Fall des Verzichts von der Anwendung des § 1155 ausgeschlossen werden soll, wenn nur der Verzicht eingetragen ist. 3)

V. Weiter möchte ich noch bemerken, daß auch in dem Fall des § 1438 BGB. ein gesetzlicher Uebergang der Hypothek stattfindet. Ferner findet ein Uebergang kraft Gesetzes statt, wenn eine Gemeinde, welche Gläubigerin einer Hypothek ist, in eine andere Gemeinde eingemeindet wird. R.G.Z. 87, 284; O.L.G. 32, 412. Endlich ist noch im Falle des § 306 H.G.B. bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften von einem gesetzlichen Uebergang der für die eine der beiden Gesellschaften eingetragenen Hypothek zu sprechen. Ein Uebergang findet auch im Falle des Erbgangs statt. Es ist zu bemerken aber, daß ein Vermächtnisnehmer, dem die Hypothekenforderung vermacht ist, sie nicht kraft Gesetzes erwirbt, sondern nur durch Abtretungserklärung des Erben. S. § 2174 BGB.

VI. Kommt die im Grundbuch eingetragene Forderung nicht zur Entstehung oder wird der Hypothekenbrief von dem Eigentümer

2) Fuchs a. a. O. 3 c; Biermann Erl. 1 c α; Böhm S. 255 Erl. 2; Schweitzer a. a. O. S. 567 Anm. 8; Dronke a. a. O. S. 957.

3) Goldmann-Lilienthal II § 29 Anm. 78; Plank a. a. O.; Männer § 70 Anm. 37. Oberneck II § 133 Nr. 2 g δ; Turnau-Förster Erl. 5; Wolff § 142 VIII 2 b Staudinger Anm. V. und VIa.

dem Gläubiger nicht ausgehändigt, so steht (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 und § 1163 Abs. 2) die Hypothek dem Eigentümer zu. Man kann also in diesen Fällen von einem „Uebergang" der Hypothek bzw. von einem Uebergang kraft Gesetzes gar nicht sprechen. Das dingliche Recht steht von vornherein dem Eigentümer zu. Das Bedürfnis des praktischen Verkehrs verlangt es aber, den § 1155 auch auf diese Fälle anzuwenden, und zwar wird man, da der Wortlaut des Gesetzes diese Fälle nicht umfaßt, dies im Wege der Analogie tun müssen. Ein Bedürfnis der analogen Anwendung besteht insbesondere deshalb, weil es im Hypothekenverkehr bei der Uebertragung einer derartigen Eigentümerhypothek keine Rolle spielt, ob der Hypothekenbrief je einmal dem im Grundbuch bezeichneten Gläubiger ausgehändigt wurde oder nicht, ob der im Grundbuch bezeichnete Gläubiger den Hypothekenbrief dem Eigentümer wieder zurückgegeben hat, endlich, ob die Hypothekenforderung nicht mehr besteht oder nie zur Entstehung gelangt ist. 4)

VII. Dronke a.a.O. S. 958 ist der Ansicht, daß § 1155 dann nicht zur Anwendung kommen soll, wenn der Eigentümer die auf ihn ohne Forderung also als Grundschuld übergegangene Hypothek nicht als Grundschuld, sondern unter Einschiebung einer neuen Forderung als Hypothek abtrete, denn hiezu sei die Eintragung im Grundbuch erforderlich, während § 1155 für den außergrundbuchrechtlichen Verkehr geschaffen sei. Dieser Ansicht von Dronke, den § 1155 im Falle der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek auszuschließen, kann nicht beigetreten werden, denn nur die Umwandlung der Eigentümergrundschuld, nicht auch die Abtretung bedarf der Eintragung. Praktisch wird jedoch mit der Eintragung dieser Umwandlung wohl auch stets die Abtretung zur Eintragung gelangen. 5)

### § 8 Inhalt des Anerkenntnisses und sein Wesen.

Streit besteht darüber, was im Falle des gesetzlichen Uebergangs der seitherige Gläubiger anzuerkennen hat, ob nur den gesetzlichen Uebergang als solchen oder den Uebergang und die diesen begrün-

4) Komm. v. R.G.R. Erl. 5 a. a. O.; Goldmann-Lilienthal a. a. O.; Staudinger a. a. O. Erl. VI a; Güthe § 40 Anm. 25; Biermann a. a. O. Erl. 1 c α; Plank a. a. O.; Dronke a. a. O. S. 961 und besonders auch Crome III § 474 Anm. 51: Der Grund (der Gleichbehandlung) sei das wirtschaftliche Bedürfnis und die Gleichheit der ratio.

5) Gegen Dronke auch Güthe a. a. O. Anm. 25 und Plank a. a. O.

denden Tatsachen oder nur letztere. Unbestritten ist auch nicht, worin das Wesen des Anerkenntnisses besteht.

I. Nach der herrschenden Lehre hat sich das Anerkenntnis auf den Uebergang als solchen zu richten. So definiert Plank Erl. 2 b a.a.O.: „. . . . Demnach ist auch hier unter dem Anerkenntnisse nur eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers zu verstehen, daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer, persönlichen Schuldner usw. zustehe. Gegenstand der Anerkennung bildet also, wie schon der Wortlaut des § 1155 Satz 2 erhellt, nicht die Tatsache, an die das Gesetz den Uebergang knüpft, sondern der Uebergang selbst.“ 1)

II. Im Gegensatz hiezu steht der Komm. v. R.G.R. Erl. 5 a.a.O. auf folgendem Standpunkt:

Nicht eine kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung der Forderung sei der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt, sondern ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis dieser Tatsache. Demnach müsse von demjenigen, der vor dem Uebergange Gläubiger war, gegenüber dem jetzigen Gläubiger rechtsgeschäftlich in öffentlich beglaubigter Form anerkannt worden sein, daß die betreffende Tatsache, die kraft Gesetzes den Uebergang bewirke, eingetreten und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger der Erklärung übergegangen sei.

III. Zu demselben Ergebnis, daß der Uebergang mit dem ihm entsprechenden Grunde anerkannt sein muß, kommt Schweitzer a.a.O. S. 558 durch folgende Betrachtungsweise:

Bei dem Anerkenntnisse des § 1155 sei das wesentliche der Wille, die Uebertragung der Hypothek anzuerkennen. Wenn ein Anerkenntnis u.U. als Beweismittel für das Bestehen des anerkannten Rechtsverhältnisses in Betracht kommen könne, so bestehe hierin nicht die Bedeutung des im § 1155 erforderten Anerkenntnisses. In den Protokollen II 3, 658 sei angegeben, daß sich gegen die Gleichstellung des Anerkenntnisses mit der Abtretungserklärung kein Widerspruch erhoben habe. Abweichende Anträge, die ausdrücklich die Tatsache, die den gesetzlichen Uebergang bewirke, als den Erwerbsgrund hervorgehoben hätten, seien abgelehnt worden. Damit setze das Gesetz das Anerkenntnis dem Ueberweisungsbeschluß

1) Derselben Auffassung wie Plank sind u. a. Böhm S. 225, Staudinger Erl. V b $\alpha$ a.a.O.

und der Abtretungserklärung gleich und drücke dadurch aus, daß das Anerkenntnis selbst der Erwerbsgrund sei. Die Motive (Bd. 2 S. 687) und die Protokolle (II 2, S. 49 ff.) würden davon ausgehen, daß Verträge, durch welche ein Teil dem andern gegenüber ein Verhältnis nicht obligatorischer Art anerkenne, unter bestimmten Voraussetzungen objektiv wirken, d. h., das anerkannte Rechtsverhältnis zur Entstehung bringen würden. Wie § 1155 (§ 1154) nicht besonders hervorhebe, daß der Abtretungsvertrag nach § 398 die Uebertragung erzeuge, so werde auch nicht ausdrücklich bestimmt, daß der Vertrag über die Anerkennung Erwerbsgrund sei. § 1155 erleichtere nur den Nachweis des Erwerbsgrundes, indem die Abtretungserklärung statt des Abtretungsvertrages und ebenso das einseitige Anerkenntnis statt des Anerkenntnisvertrags genüge.

Die Voraussetzung, unter der ein Vertrag, durch den ein Rechtsverhältnis nicht obligatorischer Natur anerkannt werde, objektiv wirke, sei nicht nur, daß das Rechtsverhältnis der Verfügung der Parteien unterliege, sondern auch, daß sie die für seine Herstellung durch Vertrag geltenden materiellen und formellen Erfordernisse erfüllt haben. Man müsse in Betracht ziehen, daß im Sachenrecht die Vertragsfreiheit nur innerhalb der Grenzen gelte, welche das Gesetz selbst den Parteien offengelassen habe und in das Gebiet, welches dem Eingreifen des Parteiwillens entzogen sei, würden insbesondere auch die Vorschriften über den unmittelbaren Erwerb von Rechten mit dem Eintritt gewisser Tatsachen nach den Vorschriften des Sachenrechtes gehören.

Es sei daher notwendig, festzustellen, ob es möglich sei, das anerkannte Rechtsverhältnis durch Vertrag festzustellen und im Bejahungsfalle, ob die Parteien die zur Herstellung durch Vertrag geltenden materiellen und formellen Erfordernisse erfüllt haben. Dies könne nicht festgestellt werden, wenn lediglich die gesetzliche Uebertragung einer Forderung oder Grund- oder Rentenschuld anerkannt werde. Die gesetzliche Uebertragung müsse vielmehr als Folge einer bestimmten juristischen Tatsache, aus der sich die Uebertragung kraft Gesetzes von selbst ergeben würde, (mit dieser Tatsache) anerkannt sein.

IV. Arnheim Anm. 24 zu § 40 macht im Anschluß an R.G.Z. 48, 48 geltend, daß das Anerkenntnis die Tatsachen, welche den Uebergang kraft Gesetzes zur Folge hatten, angeben müsse, denn andern-

falls würde dasselbe als bloßes Urteil für den Grundbuchbeamten unerheblich sein. 2)

V. Abweichend von diesen Ansichten nimmt Willenbücher Anm. 1 c bb zu § 1155 an, daß unter Anerkenntnis nur ein Anerkenntnis der Tatsachen, aus denen sich die kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung der Forderung ergebe, gemeint sei. Es genüge die öffentlich beglaubigte Quittung oder Löschungsbewilligung des vom Eigentümer befriedigten Gläubigers, es bedürfe daneben nicht noch des (auf ein rechtliches Urteil hinauslaufendes, R.G. 48, 48) Anerkenntnisses des bisherigen Gläubigers, daß die Forderung nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer zustehe. 3)

VI. Goldmann-Lilienthal ist ähnlicher Auffassung s. § 29 Anm. 78. Gemeint sei jedes Anerkenntnis eines Rechtsverhältnisses oder der juristischen Tatsachen, aus denen sich ergibt, daß die Hypothek dem Gläubiger zustehe.

VII. Endlich ist in diesem Zusammenhang noch die Ansicht des O.L.G. Posen (O.L.G. 18, 178) zu erwähnen.

Das O.L.G. spricht aus, es verkenne nicht, daß der Wortlaut des Gesetzes für die Ansicht Planks spreche, hält aber die Auffassung, daß das Anerkenntnis nur die Tatsache, an die das Gesetz den Uebergang knüpft, zum Gegenstand zu haben brauche, für zutreffend, und zwar deshalb, weil dies den praktischen Bedürfnissen entspreche und „weil es nicht einzusehen ist, weshalb das Anerkenntnis der Tatsachen, aus denen nach dem Gesetz ohne weiteres der Uebergang folgt, in der Wirkung dem Anerkenntnis des Uebergangs nicht gleichstehen, . . . . soll".

VIII. Am besten wird man die Entscheidung, was anzuerkennen ist, dann treffen können, wenn man das W e s e n des Anerkenntnisses ergründet. Die Eigenart dieses Anerkenntnisses beruht darin, daß die subjektive auf ein rechtliches Urteil hinauslaufende Erklärung des ehemaligen Berechtigten als Ersatz für den Nachweis von objektiven den Uebergang begründenden Tatsachen gilt. Das Anerkenntnis ist lediglich ein Beweismittel, es soll nachweisen, daß der Uebergang kraft Gesetzes sich vollzogen hat.

Die Art und Weise, wie Schweitzer darzutun versucht, daß das Anerkenntnis im vorliegenden Fall nicht eine Beweiswirkung habe, sondern vielmehr ein selbständiger Erwerbsgrund sei, erscheint ge-

2) Ebenso Turnau-Förster Erl. 4 a.a.O.
3) Ebenso Sörgel Anm. 3 zu 1155.

künstelt. Es geht doch nicht an, aus dem Umstand, daß die Kommission Anträge, die zum Teil von der heutigen Fassung geringfügige Abweichungen aufweisen, nicht angenommen hat (s. oben § 6), derartige Schlußfolgerungen zu ziehen. Eine Absicht des Gesetzgebers, dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß er das Anerkenntnis nicht als Beweismittel aufgefaßt wissen wolle, ist nicht zu erkennen.

Wäre das Anerkenntnis, wie Schweitzer annimmt, selbständiger Erwerbsgrund, so wäre die Folge hievon, daß der auf ein solches Anerkenntnis gestützte Erwerb ein rechtsgeschäftlicher wäre und demnach auch den Schutz der Bestimmungen zu Gunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, für sich in Anspruch nehmen könnte. Für unser heutiges Recht gilt der Grundsatz, daß beim Erwerb vom Nichtberechtigten nur der geschützt wird, der als rechtsgeschäftlicher Erwerber auftritt; wer kraft Gesetzes oder durch Zwangsvollstreckung erwirbt, wird nicht geschützt. Es ist nicht einzusehen, wieso gerade in § 1155 von diesem Grundsatz unseres Rechtes abgegangen werden soll.

Also, das Wesen des Anerkenntnisses liegt nicht darin, daß es ein selbständiger Erwerbsgrund ist, sondern darin, daß es eine den gesetzlichen Uebergang beweisende Urkunde ist, die als Ersatz für den Nachweis eines „objektiven kraft Gesetzes wirkenden Tatbestandes" gilt. Fuchs Erl. 3 c a.a.O.

Gemeint ist nach dem Gesetzeswortlaut und dem Sinn des Gesetzes, daß der gesetzliche Uebergang als solcher anzuerkennen ist, nicht dagegen die den Uebergang begründenden Tatsachen, wie Sörgel und Willenbücher a.a.O. meinen.

Wenn nun weiter angenommen wird, daß die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sich der Uebergang kraft Gesetzes ergibt, neben dem Anerkenntnis des Uebergangs als solchen anerkannt sein müssen, weil die aus diesen Tatsachen sich ergebende Rechtsfolge nur der Richter ziehen könne, so ist zu bemerken, daß auch diese Auffassung nicht richtig ist. Für die Anerkenntniserklärung ist wesentlich, daß es bei ihr nur auf die subjektive Auffassung des Anerkennenden ankommt, daß die Hypothek übergegangen sei; nicht darauf kann es, wenn man den Willen des Gesetzgebers verstehen will, ankommen, ob im einzelnen Fall das Anerkenntnis nach den Grundsätzen des Sachenrechts zu Recht ausgestellt ist; dies gilt um so mehr, weil das Anerkenntnis sich nicht an den Richter, wie zum Teil angenommen wird, wendet, sondern sich an den Verkehr, an

das Publikum richtet, dem wohl eine Prüfung dieser schwierigen Vorgänge nicht zur Aufgabe gemacht werden kann. Es wäre m. E. im höchsten Grade unbillig, wenn ein gutgläubiger Erwerber lediglich deshalb nicht geschützt werden würde, weil das auf seinen Vormann ausgestellte Anerkenntnis um deswillen ungültig wäre, weil es in einem Falle ausgestellt worden war, wo es wegen des im Sachenrecht geltenden Grundsatzes der beschränkten Vertragsfreiheit nicht hätte ausgestellt werden dürfen. Dem Vormanne des gutgläubigen Erwerbers kann entgegengehalten werden, daß das Anerkenntnis in einem Falle ausgestellt ist, wo es nach dem im Sachenrecht geltenden Grundsatz der beschränkten Vertragsfreiheit nicht hätte ausgestellt werden dürfen. Diesen Mangel aber auch noch dem Nachmanne entgegen halten zu wollen, der in Rechtsverhältnisse, die vor seinem Erwerbe liegen, vielleicht gar keinen Einblick hat und wenn er ihn hat, die Verhältnisse nicht genügend juristisch beurteilen kann, wäre ungerecht.

Aus diesen Gründen kann daher nur verlangt werden, daß das Anerkenntnis den gesetzlichen Uebergang als solchen zum Inhalt haben muß, nicht aber daneben noch Tatsachen anzugeben hat, aus denen kraft Gesetzes dieser Uebergang folgt.

Andererseits reicht nach dem Gesetzeswortlaut ein Anerkenntnis oder ein urkundlicher Nachweis der den Uebergang beweisenden Tatsachen nicht aus. Inwieweit dem Anerkenntnis des Uebergangs als solchem das Anerkenntnis oder der Nachweis der den Uebergang bewirkenden Tatsachen gleichzustellen sind, soll im nächsten Paragraphen dargelegt werden.

## § 9 Inwieweit stehen „andere Urkunden" in ihrer Wirkung der des Anerkenntnisses gleich?

Die Frage ist heftig umstritten.

I. Plank lehnt a.a.O. 2 b γ jede über den Wortlaut des § 1155 hinausgehende Ausdehnung ab. Er ist der Ansicht, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht jeder urkundliche Nachweis derjenigen juristischen Tatsachen, aus denen der Uebergang kraft Gesetzes folgt, zur Anwendung des § 1155 genügt. Nur ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Uebergangs der Forderung oder der Hypothek und nicht der urkundliche Nachweis der diesen Uebergang ergebenden Tatsachen dürften hieher gerechnet werden.

Plank kommt demnach zu dem Ergebnis, daß eine Quittung des Gläubigers den Eigentümer, auf den die Hypothek zufolge der Befriedigung des Gläubigers übergegangen ist, hinsichtlich der Vorschriften der §§ 891—899 dem eingetragenen Gläubiger nicht gleichstellt. Dasselbe gelte von den Ausschlußurteilen der §§ 1170 f. und den Entscheidungen des § 868 CPO. Auch der Vermerk auf dem Hypothekenbrief, daß der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek in das Grundbuch eingetragen sei, ersetze das Anerkenntnis nicht. Ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, durch die der Abtretende sich als Erbe des bisherigen Gläubigers ausweise, sei kein Anerkenntnis. Eine Ausdehnung des § 1155 über seinen Wortlaut hinaus würde zwar einem praktischen Bedürfnisse entsprechen, namentlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 40 GBO., die — von dem Erben des eingetragenen Besitzers abgesehen § 41 GBO. — nur den gem. § 1155 ausgewiesenen Besitzer des Briefes von dem Erfordernisse der vorgängigen Eintragung vor einer sein Recht betreffenden Eintragung entbinde; sie könne aber doch gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes nicht als richtig anerkannt werden, da zu der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf das subjektive Gläubigerrecht eines nicht eingetragenen Berechtigten, auch in dem Falle, daß dieser kraft Gesetzes erworben habe, eine besondere Vorschrift erforderlich und die Absicht des Gesetzgebers nicht genügend sei.1)

II. Das Kammergericht hat sich anläßlich der Auslegung der §§ 40, 41 GBO. wiederholt auf den Standpunkt gestellt, daß bezüglich der in § 1155 genannten Uebertragungsarten eine Ausschließlichkeit bestehe. Gerade der Umstand, führt das Kammergericht in seinem Beschluß vom 30. März 1908 (R.J.A. 9, 207 ff.) aus, daß das Gesetz der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis eines gesetzlichen Uebergangs gleichstelle, stehe einer Auslegung des Gesetzes dahin entgegen, daß auch andere, einen gesetzlichen Uebergang beweisende Urkunden der öffentlich

---

1) Grundsätzlich wie Plank: Biermann a. a. O. 1 c γ; Staudinger VI b a. a. O.; Warn. Erl. 2 a. a. O.; Wolff § 142 Anm. 24 a. a. O. Güthe Anm. 25 a. a. O.; Komm. v. R.G.R. Erl. 5 a. a. O.; Arnheim Anm. 25 a. a. O.; Meikel 9 b γ zu § 40 G.B.O; Sörgel a. a. O. Anm. 3 (ein Uebergang der Hypothek kraft Erbrechts unterbreche die Reihe der Abtretung; der Nachweis des gesetzlichen Uebergangs genüge nicht).

beglaubigten Abtretungserklärung hinsichtlich der ihr durch § 1155 BGB. beigelegten Wirkungen gleichgestellt seien.[2])

III. Im Gegensatz zu den vorherstehenden Schriftstellern und zu dem Kammergericht (und Reichsgericht) setzt Schweitzer in Gruch. 45, 558 ff. der Abtretungserklärung und dem Ueberweisungsbeschluß „andere" Urkunden gleich. Er geht dabei von folgenden Erwägungen aus:

Der Erwerb durch Abtretung setze einen Abtretungsvertrag und die Uebergabe des Briefes, der durch Ueberweisung den Ueberweisungsbeschluß und die Uebergabe des Briefes voraus.

Der dem § 1155 entsprechende § 1114 des ersten Entwurfes fordere anstatt des Abtretungsvertrages nur die Erklärung und sehe von der Uebergabe des Briefes ab, indem er die Innehabung genügen lasse. Daraus sei nicht zu entnehmen, daß die Begründung des Gläubigerrechts anders bestimmt sei, sondern nur, daß der Vertrag und die Briefübergabe nicht nachgewiesen zu sein brauchen, damit die Rechtsfolgen des § 1114 eintreten. Der Hervorhebung im Wortlaute, daß die Tatsachen, aus denen kraft Gesetzes unmittelbar die Uebertragung folge, nach § 1114 das Gläubigerrecht begründen, habe es nicht bedurft, weil hier der Grund der Hervorhebung der Abtretung und Ueberweisung nicht vorhanden sei, weil nicht bestimmt sei, daß diese Tatsachen nicht vollständig bewiesen zu werden brauchen.

Schweitzer macht dann weiter darauf aufmerksam, daß der maßgebende juristische Gedanke sich klar aus den Motiven III 752 ergebe, wonach der Beweis der Erwerbstatsachen zu erfordern sei. (S. oben § 6.)

Die Kommission habe unter solchen Urkunden nur solche verstanden, die nach formellem Grundbuchrecht dem Grundbuchamte gegenüber zum Beweise dienen.

Was den Wortlaut des § 1155 anbetreffe, so lasse sich ein argumentum e contrario dafür, daß nicht jede juristische Tatsache an sich, aus der nach dem Gesetz unmittelbar die Uebertragung folge, das Gläubigerrecht begründe, nicht herleiten.

Dieser Erwerbsgrund werde durch die ausdrückliche Hervorhebung des Anerkenntnisses der gesetzlichen Uebertragung so wenig aus-

---

2) S. noch K.G.O.L.G. 7, 371; 32, 412; R.G. Jur. W. 1926, S. 181, 5.

geschlossen, wie durch die andern beiden hervorgehobenen Erwerbsgründe. Da das Anerkenntnis nicht als Beweismittel der gesetzlichen Uebertragung, sondern als selbständiger Erwerbsgrund zu verstehen sei, so sei es ein begrifflich vom Grunde der gesetzlichen Uebertragung verschiedener Erwerbsgrund. Es habe der Hervorhebung der Tatsachen, die kraft Gesetzes die Uebertragung bewirken, als Erwerbsgrundes in § 1155 nicht bedurft, aus demselben Grunde, aus dem er nicht in § 1114 Entwurf I aufzuführen gewesen sei, weil diese Tatsachen vollständig nachgewiesen sein müßten. Das Anerkenntnis als Erwerbsgrund habe im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben werden müssen, um festzusetzen, daß es nicht des Nachweises des Anerkenntnisvertrages, sondern des einseitigen Anerkenntnisses bedürfe, und daß dieses durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu beweisen sei und die Schriftform nicht genüge. Aus den Motiven gehe die Absicht des Gesetzgebers deutlich hervor, den Grund der gesetzlichen Uebertragung an sich als Erwerbsgrund für § 1155 zuzulassen. Weder die Protokolle, noch die sonstigen Materialien würden den Schluss zulassen, daß der Gesetzgeber diese Absicht aufgegeben habe. Sie sei also als nachweislich auch dem Gesetze selbst zugrunde liegend zu erachten.

§ 1155 lasse also jeden Uebertragungsgrund, der rechtlich überhaupt gegeben sei, zu. Es müßten diejenigen Tatsachen nachgewiesen sein, welche der Regel nach geeignet seien, den Schluß auf die Uebertragung zu rechtfertigen. Die Abwesenheit besonderer Tatsachen, die, wenn sie vorhanden wären, die dem Tatbestand an und für sich zukommende Bedeutung ausschließen würden, brauche nicht nachgewiesen zu sein. Alle Erwerbstatsachen, deren Nachweis § 1155 erfordere, müßten durch solche Urkunden bewiesen werden, die nach der Grundbuchordnung als formgerecht erscheinen.

IV. Im Anschluß hieran möchte ich annehmen, daß die Ansicht Schweitzers im Ergebnis der Wortauslegung Planks und der übrigen oben genannten Schriftsteller und der oben angeführten Rechtsprechung vorzuziehen ist. Es ist zwar Plank zuzugeben, daß die in den Motiven zum Ausdruck gebrachte Gleichstellung der einen gesetzlichen Uebergang beweisenden Urkunden mit der Abtretungserklärung und dem Ueberweisungsbeschluß aus dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen ist. Damit ist aber in keiner Weise gesagt, daß der Gesetzgeber seinen in den Motiven zum Ausdruck gebrach-

ten Standpunkt bei der endgültigen Fassung des nunmehrigen § 1155 durch die zweite Kommission aufgegeben hat. 3)

Wie schon oben dargelegt, spricht der erste Entwurf nur von der rechtsgeschäftlichen und richterlichen Uebertragung der Forderung. Offenbar erachtete man es aber nach den Motiven für selbstverständlich, daß der durch die öffentliche Urkunde Ausgewiesene als eingetragen zu gelten habe.

Predari a.a.O. S. 153 macht darauf aufmerksam, daß dieser Zustand die Kritik herausgefordert habe, die eine ausdrückliche Bestimmung, durch welche die den gesetzlichen Uebergang beweisenden Urkunden den Abtretungsurkunden und Ueberweisungsbeschlüssen gleich gesetzt würde, verlangt habe und daß als Niederschlag dieser Kritik anscheinend der Zusatz der zweiten Kommission, durch welchen das Anerkenntnis der Abtretungserklärung gleichsteht, in den Gesetzestext eingefügt wurde.

Die zweite Kommission hat durch diese Einfügung eine Lücke im Wortlaut des Gesetzestextes ausfüllen wollen. Dieses ist aber nur in unvollkommener Weise gelungen. So versagt der Gesetzestext in Fällen, in denen die Ausstellung eines Anerkenntnisses gar nicht möglich ist, z. B. in dem wichtigen Fall des Erbschaftserwerbs, in Fällen der §§ 1170 f. oder in den Fällen des § 868 CPO. Weiter versagt der Wortlaut des Gesetzes in den Fällen, in denen ein Anerkenntnis des Uebergangs als solchen nicht vorliegt, sondern nur ein urkundlicher Nachweis oder ein Anerkenntnis der den Uebergang als Folge habenden Tatsachen. Offenbar hatte der Gesetzgeber bei der Fassung des Gesetzestextes nicht die Schwierigkeiten, die aus der ungenügenden Wortfassung herrühren, überschaut. Man muß also dem Grundgedanken des Gesetzgebers zufolge auch die den Uebergang begründenden Tatsachen, sofern sie in grundbuchmäßiger Form dargetan werden, in ihrer Wirkung der des Anerkenntnisses gleichstellen.

Ich stimme also, was diese Gleichstellung betrifft, mit den Ausführungen Schweitzers durchaus überein, während ich ihm, wie bereits oben im vorigen Paragraphen schon erwähnt, in seiner Ansicht, das Anerkenntnis sei ein selbständiger Erwerbsgrund, nicht beitreten kann.

V. Meiner Ansicht nach entspricht diese ausdehnende Auslegung des § 1155, die von selbst eine solche auch des § 40 Abs. 2 GBO.

3) S. Oberneck Z.d.N.V. 03,159.

nach sich ziehen würde, im Grundbuch und Hypothekenverkehr eher den Interessen und praktischen Bedürfnissen der Beteiligten, wie die Wortauslegung von Plank (s. auch die oben Anm. 1 genannten Schriftsteller) und die enge Auffassung des Kammergerichts und des Reichsgerichts (s. oben Anm. 2). Es wäre m. E. eine große Unbilligkeit gegenüber dem — meistens juristisch ungeschulten und mit den Feinheiten des Hypothekenrechts nicht vertrauten Publikum —, wollte man den Nachweis der den Uebergang ergebenden Tatsachen — und dieser kann auch durch ein Anerkenntnis der den Uebergang beweisenden Tatsachen geführt werden — um des Willen die rechtliche Wirkung versagen, eben weil in der vorliegenden Urkunde von einem „Anerkenntnis des Uebergangs" nicht die Rede war.

Aus diesen Gedankengängen heraus möchte ich annehmen, daß sämtliche einen gesetzlichen Uebergang beweisenden Urkunden in ihrer Wirkung dem Anerkenntnis des Uebergangs als solchen gleichstehen.

VI. Es ist Brachvogel Gruch. 49, 305 ff., der die hier vertretene Ansicht teilt, Recht zu geben, daß es ein höchst unbilliges Ergebnis wäre, wenn man in dem Falle, daß ein in allgemeiner Gütergemeinschaft lebender Ehemann eine Briefhypothek, die vor Abschluß der Ehe auf den Namen der Ehefrau im Grundbuch eingetragen war, an einen Erwerber abtritt, annehmen wollte, daß für die Anwendung des § 1155 nur Raum wäre, wenn die Ehefrau anerkennen würde, daß die Hypothek auf das Gesamtgut übergegangen sei. Zu Gunsten des Erwerbers muß angenommen werden, daß der Ehemann, der seine Verfügungsbefugnis durch einen gerichtlich oder notariell abgeschlossenen Ehevertrag nachweist, dadurch ebenso legitimiert ist, wie auf Grund eines von der Ehefrau zu Gunsten des Gesamtguts abgegebenen Anerkenntnisses.

VII. Ich möchte im Gegensatz zu Willenbücher a.a.O. und Turnau-Förster a.a.O. annehmen, daß die Löschungsbewilligung nicht zu den Urkunden gehört, die in ihrer Wirkung dem Anerkenntnisse gleichstehen. Die bloße, nicht mit einer materiellen Erklärung verbundene Löschungsbewilligung beweist nicht, daß die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. Durch Aushändigung einer Löschungsbewilligung geht die Hypothek nicht auf den Eigentümer über. Er hat dadurch nicht die Möglichkeit zu jeder beliebigen Verfügung über die Hypothek. Die einzige Befugnis, die ihm zusteht,

ist die, die Hypothek löschen zu lassen. Ist aber mit der dem § 29 GBO. entsprechenden Löschungsbewilligung eine Quittung verbunden, in der der Gläubiger bestätigt, daß der Eigentümer ihn befriedigt hat, so ist damit der Nachweis des gesetzlichen Uebergangs erbracht. Dieser Nachweis fußt aber nicht auf der Löschungsbewilligung, sondern auf der mit dieser verbundenen Quittung, die den Nachweis erbringt, daß mit der Zahlung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. S. Goldmann-Lilienthal a.a.O. § 29 Anm. 79.

VIII. Endlich möchte ich noch bemerken, daß selbst bei engster Wortauslegung des § 1155 doch noch u. U. Raum wäre, die Quittung und die Verzichterklärung unter den § 1155 zu bringen, nämlich dann, wenn aus den Erklärungen im Wege der Auslegung der Wille, den gesetzlichen Uebergang der Forderung als solchen anzuerkennen, zu entnehmen ist. S. Schweitzer S. 570 Anm. 9 a.a.O.

Es ist jedoch Brachvogel Bem. 11 a.a.O. zuzustimmen, wenn er annimmt, daß nur in den seltensten Fällen in der Quittung ein Anerkenntnis des gesetzlichen Uebergangs zu erblicken ist. Auszulegen ist der Wille des Erklärenden. Im täglichen Leben hat, wie Brachvogel bemerkt, wohl kaum ein quittierender Gläubiger, es sei denn, er sei juristisch vorgebildet, eine Vorstellung davon, daß die Hypothek durch Befriedigung kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergeht, „geschweige denn den Willen, zu erklären, daß ein solcher Uebergang stattgefunden habe."

## § 10 Zugeständnisse der herrschenden Lehre an die hier vertretene Auffassung.

Eine Reihe von Schriftstellern, die grundsätzlich auf dem Standpunkt des Gesetzeswortlautes stehen und die oben vertretene freiere Gesetzesauslegung bekämpfen, machen doch, wohl durchdrungen von der Ansicht, daß die strikte Wortinterpretation zu allzu unbilligen und unpraktischen Ergebnissen führen würde, in mehr oder geringerem Umfang mit zum Teil verschiedener Begründung (zum Teil auch ohne solche) Ausnahmen von der von ihnen vertretenen Grundauffassung.

I. So unterscheidet Biermann Erl. 1 c γ a.a.O. die Fälle, in denen die Ausstellung eines Anerkenntnisses möglich und die, in denen diese unmöglich ist.

In den Fällen, in denen der neue Gläubiger die Ausstellung eines Anerkenntnisses verlangen kann, ist Biermann gegen eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes. Im Falle der Erbfolge, führt Biermann aus, sei ein Anerkenntnis des bisherigen Gläubigers nicht zu erlangen. Der verstorbene Erblasser könne ein solches nicht zu Gunsten seines Erben ausstellen. Deshalb erscheine es geboten, anzunehmen, daß der Gesetzgeber sich die hier gestellte Frage nicht vorgelegt habe. Es sei also eine Lücke im Gesetze vorhanden. Diese sei lediglich auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen auszufüllen. Biermann kommt demnach zu dem Ergebnis, daß ein Erbfall die Reihe der Abtretungserklärungen nicht unterbricht und daß ein Erbschein dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnisse gleichsteht.

Ferner ist Biermann a.a.O. der Ansicht, daß in den Fällen der §§ 1170 f. die Ausfertigung des Ausschlußurteils dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis gleichstehen soll, da auch hier, weil der Gläubiger eben unbekannt ist, ein Anerkenntnis nicht zu erlangen ist.

Auch für den Fall, daß eine einer Aktiengesellschaft zustehende Hypothekenforderung im Wege der Fusion auf eine andere Aktiengesellschaft übergegangen ist, nimmt Biermann an, daß die Kette der öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunden nicht unterbrochen ist.

Endlich sieht Biermann auch in den Fällen des § 868 CPO davon ab, daß ein Anerkenntnis auszustellen ist.

II. Staudinger, der der Ansicht ist, daß „andere Urkunden" den in § 1155 genannten gleichstehen, auch wenn sie an sich geeignet sind, den Uebergang der Hypothek von dem einen Gläubiger auf den andern darzutun, ist in Anm. V c a.a.O. der Auffassung, daß auch Ausschlußurteile (§§ 1170 f.), sowie Entscheidungen nach § 868 CPO. einem Anerkenntnisse gleichzustellen sind (nähere Begründung fehlt).

Bezüglich des Erbfalls ist Staudinger VI b a.a.O. der Ansicht, daß ein solcher den Zusammenhang der Reihe des § 1155 nicht unterbricht. Die Reihe der Zessionen, führt Staudinger aus, ist auch dann lückenlos, wenn der Erbe eines Zessionars das Recht weiter übertragen hat, da infolge des Erbfalls eine Zwischenzession nicht erfolgt sei, denn der Erbe, dem das Vermögen des Erblassers als Ganzes zufalle, trete in die Stellung des Erblassers ein und übertrage die Forderung auf Grund des Rechtes des Erblassers weiter, nicht als selbständiges Glied in der Reihe der Zessionen.

Hinsichtlich des Erbfalls derselben Ansicht wie Staudinger Komm. v. R.G.R. Erl. 5 a.a.O.

III. Warn. Erl. 2 a.a.O. stellt dem Anerkenntnis Quittung, Löschungsbewilligung, Erbschein und Testament nicht gleich, wohl aber Ausschlußurteile nach §§ 1170 f. und Entscheidungen nach § 868 CPO.

IV. Dronke a.a.O. S. 961, der bei der hier in Frage stehenden Gesetzesauslegung strenge Grundsätze aufstellt, stellt doch die Ausschlußurteile der §§ 1170 f. dem Anerkenntnis gleich, betont aber des weiteren, daß in diesen Fällen die Anwendung des § 1155 wohl meist deshalb nicht zur Anwendung komme, weil der das Ausschlußverfahren betreibende Eigentümer wohl meist nicht im Besitze des Hypothekenbriefs sein werde. 1)

V. Von den Bearbeitern der GBO. ist Arnheim Anm. 25 a.a.O. der Ansicht, daß eine Ausschließlichkeit der in § 1155 genannten Uebertragungsarten bestehe. Als eingetragen gelte nur derjenige Besitzer des Hypothekenbriefs, der sein Recht durch eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von beglaubigten Abtretungsurkunden oder Anerkenntnissen oder Ueberweisungsbeschlüssen nachweise. Die Anwendung des § 1155 werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein anderer Zwischenmann sein Recht auf ein Testament oder ein Erbschein stütze, wenn dies auch im Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht sei. Es sei indessen anzunehmen, daß der Erbe sein Recht nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers übertrage, sodaß keine neue Zwischenzession vorliege. Die Annahme, daß in den Fällen des erbschaftlichen Erwerbs die Reihe

---

1) Wenn Dronke der Ansicht ist, dass in diesen Fällen der § 1155 meist deshalb nicht zur Anwendung komme, weil der das Ausschlussverfahren betreibende Eigentümer wohl in der Regel nicht im Besitz des Briefes sein werde, so kann dem nicht unwidersprochen bleiben. Dronke geht m. E. von ganz falschen Voraussetzungen aus. Selbst dann, wenn der das Auschlussverfahren betreibende Eigentümer im Besitz des Hypothekenbriefes ist, kann mit diesem Brief der § 1155 nicht zur Anwendung kommen. Im Falle der Ausschlussurteile §§ 1170f, wird der Hypothekenbrief derart kraftlos (ohne dass es eines besonderen Aufgebotsverfahrens nach § 1162 BGB. bedarf), dass auch ein gutgläubiger Dritter an diesem Hypothekenbrief kein Recht erwerben kann. Wenn der Eigentümer über die Grundschuld weiter als Briefgrundschuld verfügen will, so muss er die Erteilung eines neuen Briefs beim Grundbuchamt beantragen (s. §§ 42 Abs. 2, 67, 68 GBO.) Es steht demnach der Anwendung des § 1155 nicht entgegen, wenn ein Ausschlussurteil und ein neuer Hypothekenbrief vorliegt. Darauf, ob der Eigentümer im Besitz des alten Briefes ist oder nicht, kann es nicht ankommen. Vgl. auch Komm.v.R.G.R. Erl. 8 zu § 1170 und Erl. 6 zu § 1171.

nicht unterbrochen werde, rechtfertige sich um so mehr, als hier ein Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung nicht möglich sei.2)

VI. Güthe Anm. 25 a.a.O. steht auf dem Boden des Gesetzeswortlauts. Die praktischen Nachteile, die aus der konsequenten Verfechtung dieser Ansicht entstehen, räumt er aber zum Teil dadurch beiseite, daß er den Eigentümerhypothekar als eingetragenen Berechtigten ansieht. Quittung und Verzicht, führt er aus, seien an sich als unterbrechende Akte anzusehen. Die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 2 GBO. würde aber dadurch noch nicht ausgeschlossen (Anm. 27 a.a.O.). Quittung und Verzicht hätten die Wirkung, daß der Eigentümer die Hypothek erwerbe. Der Eigentümerhypothekar, falls er als Eigentümer eingetragen sei, sei als eingetragener Berechtigter anzusehen; wenn er nun die Hypothek weiter übertrage, so würden die weiteren Uebertragungserklärungen auf einen eingetragenen Berechtigten zurückführen. Der Erwerb der Eigentümerhypothek auf Grund einer Quittung oder eines Verzichts würden zwar den Zusammenhang der Reihe unterbrechen, es würde jedoch hiebei eine neue Reihe entstehen und auf diese würde § 40 Abs. 2 Anwendung finden.

Dies würde sich übrigens nicht nur auf Quittung und Verzicht beziehen, sondern auch auf alle anderen Akte, welche die Wirkung haben, daß der Eigentümer die Hypothek kraft Gesetzes erwerbe, insbesondere würde hieher der Fall gehören, daß der Eigentümer den Hypothekengläubiger beerbe. Der Quittung würden also die erbrechtlichen Nachweise (Erbschein und Verfügung von Todeswegen) gleichstehen. Die bloße, nicht mit einer Quittung verbundene Löschungsbewilligung würde jedoch nicht hieher gehören, da sie keinen Nachweis dafür erbringe, daß die Hypothek von dem Eigentümer erworben sei.

Die Fälle, wo ein persönlicher Schuldner (der nicht mit dem Eigentümer identisch sei), oder ein sonstiger Dritter die Hypothek kraft Gesetzes erwerbe, würden hier ausscheiden.

Abgesehen von dem Falle, daß der Eigentümer den Hypothekar beerbt, hat nach Güthe Anm. 28 a.a.O. der Erwerb der Hypothek kraft Erbrechts nicht die Wirkung, daß mit ihm die unterbrochene Reihe neu beginnt.

---

2) Ebenso Meikel Erl. 9 b γ a. a. O.

Aber auch hier kommt Güthe zu einem für den Grundbuchverkehr praktischen Ergebnis. Er bemerkt, daß § 41 Abs. 1 eine Ausnahme von § 40 Abs. 1 in der Weise vorschreibt, daß eine Eintragung des Erben unter bestimmten Voraussetzungen nicht nötig ist. Er führt aus, daß § 41 Abs. 1 mit § 40 Abs. 2 so verbunden werden kann, daß Erbscheine und Verfügungen von Todeswegen in die Reihenfolge der Abtretungserklärungen und Ueberweisungsbeschlüsse eingeschoben werden dürfen, ohne den Zusammenhang der „Reihe" zu unterbrechen.

Der Begriff des eingetragenen Berechtigten sei in § 41 GBO. nicht anders auszulegen als in § 40 GBO. In § 40 GBO. sei unter dem eingetragenen Berechtigten nicht nur der im Grundbuch vermerkte Berechtigte, sondern auch der gemäß § 1155 sich ausweisende Briefbesitzer zu verstehen. Wenn A., der eingetragene Gläubiger, die Hypothek dem B., dieser sie dem C. abtrete, so gelte letzterer gemäß § 40 Abs. 2 GBO. als eingetragener Gläubiger. Wenn C. von D. beerbt werde, so sei D. Erbe des eingetragenen Berechtigten, wie § 41 Abs. 1 es vorschreibe.

Der Zusammenhang der Reihe ist also in diesem Falle nach Güthe nicht unterbrochen. Erbscheine und Verfügungen von Todeswegen können ohne Gefahr eingeschoben werden.

Aber auch in dem Fall, daß A. die Hypothek an B. vererbt, dieser sie an C., C. an D. abtritt, entscheidet Güthe nicht anders. Zwar würden die Abtretungserklärungen B.—C., C.—D. nicht auf den eingetragenen Berechtigten A., sondern auf dessen Erben B. zurückführen. Der Wortlaut der §§ 40, 41, schreibt Güthe, unterstütze zwar die von ihm vertretene Ansicht nur in dem Falle, daß die Uebertragungserklärungen dem erbrechtlichen Erwerbe vorangehen, nicht aber in umgekehrtem Falle. Da es aber nicht angängig sein könne, die beiden Fälle verschieden zu behandeln, müsse man auch im zweiten Falle eine Verbindung der §§ 40, 41 GBO. zulassen.

VII. Das Kammergericht folgt, wie wir im Vorhergehenden gesehen haben, dem strengen Gesetzeswortlaut des § 1155.

Was die Frage der Unterbrechung der Reihe durch Erbfall anlangt, so hat es sich wiederholt mit dem Problem abgegeben, ob die Bestimmungen der §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 1 GBO. miteinander dergestalt verbunden werden können, daß eine Unterbrechung der Reihe durch Erbfall nicht eintritt.

Eine Verbindung der beiden Bestimmungen wurde zunächst im Hinblick darauf, daß es sich hier um Ausnahmevorschriften handle, abgelehnt und folgende Grundsätze aufgestellt:

1) Bei der Abtretung einer Briefhypothek durch den Erben des Zessionars des eingetragenen Gläubigers könne die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des neuen Gläubigers erst nach vorgängiger Eintragung des abtretenden Erben erfolgen. R.J.A. 3, 146.
2) Bei der Weiterabtretung der Briefhypothek durch den Zessionar des Erben des eingetragenen Gläubigers könne die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des neuen Gläubigers nur erfolgen, wenn zuvor der abtretende Gläubiger eingetragen werde. O.L.G. 3, 307. R.J.A. 1, 173.

In R.J.A. 9, 207 ff. hat jedoch das Kammergericht den erst aufgestellten Grundsatz aufgegeben und ist zu der Auffassung gelangt, daß in § 40 der Begriff des eingetragenen Gläubigers nicht anders auszulegen ist wie in § 41 GBO. Unter dem in § 41 Abs. 1 GBO. bezeichneten Erben des eingetragenen Berechtigten sei der Erbe des i.S. des § 40 eingetragenen Berechtigten zu verstehen, also nicht nur der Erbe des im Grundbuch vermerkten Berechtigten, sondern auch der Erbe des gemäß § 1155 ausgewiesenen Briefbesitzers. Bei der Abtretung der Briefhypothek durch den Erben des nach § 40 Abs. 2 legitimierten Zessionars des eingetragenen Gläubigers könne daher die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Zessionars des Erben ohne vorgängige Eintragung des Erben als Gläubiger erfolgen.

Die Ansicht des Kammergerichts geht also praktisch dahin, daß in einem solchen Falle erbrechtliche Nachweise in die Reihe eingeschoben werden dürfen, ohne eine Unterbrechung derselben herbeizuführen.

Dagegen hält das Kammergericht in der zuletzt zitierten Entscheidung an dem oben Ziff. 2 angeführten Rechtsgrundsatz, die Vorschrift des § 41 Abs. 1 befreie nur den Erben des eingetragenen Berechtigten, nicht auch den Zessionar des Erben von der Eintragungspflicht, weiter fest.

Für den Fall einer Abtretung der Briefhypothek durch den Zessionar des Erben des eingetragenen Berechtigten sei für die Beurteilung der Frage, ob vor der Umschreibung der Hypothek auf den neuen Zessionar dessen Zedent, d. h. der Zessionar des Erben einge-

tragen werden müsse, nicht der § 41 Abs. 1, sondern der § 40 Abs. 2 maßgebend.

Nach § 40 Abs. 2 sei aber die Eintragung eines Zwischenzedenten nur dann nicht erforderlich, wenn sich der neue Zessionar im Besitze des Briefes befinde und sein Gläubigerrecht nach § 1155 des BGB. nachweise. Gehe die zusammenhängende Reihe der in § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden nicht auf den eingetragenen Berechtigten, sondern auf dessen Erben zurück, so sei die Voraussetzung des § 40 Abs. 2 GBO. nicht gegeben und es treffe eine Befreiung von der in § 40 Abs. 1 aufgestellten Regel nicht ein. In diesem Fall hat nach Ansicht des Kammergerichts ein Testament nicht die Wirkung, den Zusammenhang der in § 1155 genannten Urkunden herbeizuführen. 3)

VII. So erfreulich es ist, daß Anhänger der strengen Wortauslegung zum Teil Ausnahmen von den von ihnen vertretenen Grundsätzen machen, so wenig befriedigt die Begründung, die zum Teil der ausdehnenden Gesetzesauslegung gegeben wird. So muß es als konstruktiv und willkürlich angesehen werden, einfach in Fällen, in denen die Ausstellung eines Anerkenntnisses möglich ist, anderen Urkunden die in § 1155 vorgesehene Wirkung zu versagen und in Fällen, in denen die Erlangung eines Anerkenntnisses nicht möglich ist, die den gesetzlichen Uebergang beweisenden Urkunden dem Anerkenntnis gleichzustellen. S. Biermann Erl. 1 c γ a.a.O.

Es sind wohl Fälle denkbar, wo auch beim Vorliegen einer bloßen Quittung (obwohl an sich hier die Möglichkeit, anstelle der Quittung ein Anerkenntnis auszustellen, vorhanden gewesen wäre) es zu den größten Unbilligkeiten führen würde, wollte man dem, der von einem durch eine Quittung Ausgewiesenen gutgläubig erwirbt, den Schutz des § 1155 versagen. Man nehme z. B. nur den Fall, daß der Gläubiger, der die Quittung ausstellte, vor Nachholung der Aus-

3) Uebrigens sieht das K.G. in R.J.A. 9, 207 ff. von der Anwendung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 ab, wenn der Uebergang der Briefhypothek auf den neuen Gläubiger, dessen Eintragung beantragt ist, bereits ausserhalb des Grundbuchs erfolgt ist. Wenn die Briefhypothek von den Erben des eingetragenen Gläubigers an A. und von diesem an B. abgetreten ist, so kann nach Auffassung des K.G die Umschreibung der Post auf den Namen des letzten Zessionars (B.) ohne vorherige Eintragung des Zwischenzedenten A. im Wege der Grundbuchberichtigung erfolgen, wenn der Uebergang der Hypothek auf den Erben nachgewiesen und Abtretungserklärungen des Erben und dessen Zessionars vorliegen. Die Vorschrift des § 40 Abs. 2 soll durch diese Auslegung nicht gegenstandslos werden, sondern ihre Bedeutung für alle rechtsändernden Eintragungen (vgl. 1154 Abs. 2) behalten. GBO. §§ 22, 26, 40, 41.

stellung eines Anerkenntnisses gestorben ist. Ebenso unbefriedigend sind die Versuche, die Güthe mit Hilfe der Ansicht, der Eigentümerhypothekar sei als eingetragener Berechtigter anzusehen, macht, um im Grundbuchverkehr allzu unpraktische Ergebnisse abzuwenden. Selbst bei Zugrundelegung der unbefriedigenden und im Gesetz keinen Rückhalt findenden Konstruktion von Güthe, der Eigentümerhypothekar habe als eingetragener Berechtigter zu gelten, sind bei seiner Ansicht trotzdem noch ungerechte Härten festzustellen. Güthe setzt bei seiner ausdehnenden Auslegung voraus, daß der Eigentümerhypothekar als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, nur dann, wenn der eingetragene Eigentümer die Hypothek kraft Gesetzes erwerbe, entstehe eine neue Reihe, auf die § 40 Abs. 2 Anwendung finde, andernfalls nicht. Ist also der Eigentümer eines Grundstücks nicht eingetragen, so kann keine neue Reihe entstehen, auf welche § 40 Abs. 2 Anwendung finden würde.

Was den Erbfall anbetrifft, so bin ich nicht der Ansicht, daß eine Zwischenzession hiebei nicht erfolgt ist. M. E. ist im Gegensatz zu Staudinger a.a.O. Arnheim a.a.O. u. a. anzunehmen, daß eine richtige Zwischenübertragung vorliegt und daß eine diesen Uebergang beweisende Urkunde den in § 1155 Genannten gleichsteht.

### § 11 **Wer hat das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis auszustellen?**

I. Es ist nicht unbestritten, wer das Anerkenntnis auszustellen hat. Nach der herrschenden und wohl richtigen Meinung 1) genügt die Ausstellung des Anerkenntnisses durch den Gläubiger immer, also auch in den Fällen, in denen der Uebergang des Rechts an weitere Voraussetzungen, als an die Befriedigung des Gläubigers geknüpft ist, z. B. an das Vorhandensein eines Ersatzanspruchs, vgl. §§ 426, 774, 1164, 1173, 1174, 1182 BGB.

Dies wird zum Teil verkannt.

So ist Fuchs Erl. 3 c zu § 1155 der Ansicht, das Anerkenntnis sei auszustellen von dem bisherigen Gläubiger und bei einer Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner vom befriedigten Gläubiger und dem ersatzpflichtigen Eigentümer §§ 1164, 1173. Ebenso Arnheim Anm. 24 a.a.O. Böhm S. 225 a.a.O. Predari S. 155 a.a.O.

1) Biermann Erl. 1 c β; a.a.O. Plank 2 b γ; Oberneck § 133 2 g ε; Männer Anm. 37 zu § 70; Güthe Anm. 25 a.a.O.

Der letztgenannte Schriftsteller ist noch weiter S. 463, 489 a.a.O. der Ansicht, daß der persönliche Schuldner, der nicht auch Eigentümer des belasteten Grundstücks sei und der den Gläubiger befriedigt habe, sofern er über die Post verfügen wolle, sein Rückgriffsrecht gegenüber dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger darzutun habe. Dies habe durch ein entsprechendes Anerkenntnis zu geschehen. 2)

Ich möchte mich der herrschenden Lehre anschließen, obwohl zuzugeben ist, daß sie nicht vollständig befriedigen kann.

Hat z. B. ein vom persönlichen Schuldner befriedigter Gläubiger irrtürmlicherweise die Regreßpflicht des Eigentümers gegenüber dem Schuldner (s. § 1164) angenommen und ein auf den angeblich ersatzberechtigten persönlichen Schuldner lautendes Anerkenntnis ausgestellt, so kann für den betreffenden Eigentümer dadurch ein Schaden entstehen, daß der Schuldner die dem Eigentümer zugefallene Eigentümergrundschuld § 1163 BGB. an einen gutgläubigen Dritten abtritt, was sicher nicht der Fall wäre, wenn man in solchen Fällen außer dem Anerkenntnis des Gläubigers noch ein Anerkenntnis des Eigentümers fordern würde, und zwar mit oder ohne Anerkennung eines Ersatzanspruchs.

Es ist aber doch zu bemerken, daß das Anerkenntnis in § 1155 der Abtretungserklärung völlig gleichgestellt ist. (Wenn man davon absieht, daß das Anerkenntnis, wenn der Anerkennende nicht verfügungsberechtigt ist, den, auf den das Anerkenntnis lautet, nicht schützen kann (s. u. § 17). So wie es genügt, daß eine Abtretungserklärung von dem jetzigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger ausgestellt ist, so muß es auch für dieAusstellung des Anerkenntnisses gelten. Die dem Eigentümer drohende Gefahr, durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten die ihm durch die Befriedigung desGläubigers zugefallene Eigentümergrundschuld dadurch zu verlieren, daß man nicht auch ein Anerkenntnis des Eigentümers fordert, kann auch dadurch eintreten, daß der Gläubiger anstatt des Anerkenntnisses eine auf den angeblich regreßberechtigten Schuldner lautende Abtretungserklärung ausstellt. Demnach muß man es für genügend erachten, wenn der Hypothekengläubiger das Anerkenntnis allein ausstellt; man wird darüber hinaus nicht noch ein Anerkenntnis des Eigentümers oder gar noch ein Anerkenntnis des Ersatzanspruchs fordern dürfen. 3)

2) S. auch Schweitzer a.a.O.
3) S. Oberneck a.a.O.; Biermann a.a.O. Plank a.a.O.

Im allgemeinen wird man jedoch sagen können, daß die für den Eigentümer oben geschilderte drohende Gefahr in der Praxis meist gering sein wird, denn ein vorsichtiger Hypothekengläubiger wird, ehe er auf den Schuldner ein Anerkenntnis ausstellt, meist vorher dessen Rückgriffsrecht gegen den Eigentümer nachprüfen.

Die hier vertretene Auffassung, daß das Anerkenntnis des Gläubigers ausreichend ist, stimmt auch am besten mit der oben § 8 zum Ausdruck gebrachten Auffassung, daß das Anerkenntnis eine rein subjektive Erklärung des das Anerkenntnis ausstellenden Gläubigers ist, überein.

II. Ist eine Hypothek kraft Gesetzes auf einen andern übergegangen, so kann letzterer von dem seitherigen Gläubiger verlangen, daß dieser anerkenne, daß die Hypothek auf ihn, den neuen Gläubiger, übergegangen sei.

Diese Pflicht ergibt sich aus §§ 403, 412, 1144 BGB. Die rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe des Anerkenntnisses ersetzt auch hier die tatsächliche Abgabe.[4])

## § 12 Das Erfordernis der „zusammenhängenden Reihe" von Abtretungserklärungen usw.

I. Das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs muß sich aus einer zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Abtretungserklärungen ergeben.

Die Reihe der Abtretungserklärungen ist dann zusammenhängend, wenn der Zessionar der einen Abtretungserklärung Zedent der darauf folgenden ist. Die Hypothek muß also in öffentlich beglaubigter Form von dem eingetragenen Gläubiger an dessen Rechtsnachfolger, von diesem an seinen Nachmann usw. abgetreten sein, bis sie auf den Briefbesitzer gelangt ist.

Ebenso wie im Wechselrecht hinsichtlich des Zusammenhangs der Indossamente (Art. 36 WO.) anzunehmen ist, daß die „Lokustheorie" gilt, muß auch hier bei der Besprechung des § 1155 angenommen werden, daß es nicht auf das Datum, sondern nur auf die Reihenfolge der Abtretungserklärungen usw. ankommt.[1])

4) Vgl. Komm. v. R.G.R. Erl. 5 a.a.O. Biermann Erl. 1 a und 1 c γ.
1) S. Staub WO. Art 36 Anm. 15.

Es ist Plank 2b § a.a.O. darin beizutreten, daß die Reihe durch Weiterabtretung einer Witwe, die unter ihrem Mädchennamen erworben hat, nicht unterbrochen wird. Man wird aber fordern müssen, daß aus der Abtretungsurkunde der frühere Name hervorgeht, denn die Identität zwischen Zessionar und Zedent muß ersichtlich sein. In dem Falle der Weiterabtretung einer Witwe hat dies also durch den Zusatz „geborene . . . . . " zu geschehen.2)

M. E. muß überhaupt der Grundsatz aufgestellt werden, daß eine absolut genaue Uebereinstimmung zwischen der Bezeichnung des Zessionars und der Bezeichnung des Zedenten der darauffolgenden Abtretungserklärung nicht verlangt werden kann. Kleine Abweichungen können nichts schaden. Die Hauptsache ist, daß durch sie keine begründeten Zweifel an der Identität des Zessionars und des Zedenten entstehen. Es ist demnach unschädlich, wenn ein Vorname einmal ausgeschrieben ist, das andere Mal nur abgekürzt ist, wenn das eine Mal ein Vorname gebraucht ist, das andere Mal mehrere Vornamen gebraucht sind, oder wenn Vornamen beide Mal in verschiedener Schreibweise vorkommen (z. B. Charles und Karl, Louis und Ludwig); weiter muß es m. E. gleichgültig sein, wenn eine Handelsgesellschaft das eine Mal als A.G. das andere Mal als G. m. b. H. benannt wird. Die Hauptsache ist jedoch immer, daß keine begründeten Zweifel an der Identität entstehen dürfen.

Es handelt sich hiebei um die gleiche Frage, die auch im Wechselrecht im Anschluß an Art. 36 WO. zu entscheiden ist.3)

II. Es fragt sich, ob aus dem gesetzlichen Erfordernis der zusammenhängenden „Reihe" die Folgerung gezogen werden muß, daß § 1155 nur dann Anwendung findet, wenn eine Mehrheit von Abtretungsurkunden und sonstigen Urkunden vorliegt. Fuchs Erl. 3 a.a.O. zieht tatsächlich diese Schlußfolgerung. Eine zusammenhängende Reihe liege nur dann vor, wenn mindestens zwei Uebertragungen der in § 1155 bezeichneten Art in das Grundbuch nicht eingetragen seien. Zwei sukzessive Urkunden müßten auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen. Nicht schon der Briefbesitzer, sondern erst dessen Rechtsvorgänger dürfe der Rechtsnachfolger des eingetragenen Gläubigers sein, damit § 1155 zur Anwendung kom-

2) Vgl. O.L.G. 8,140; Biermann Erl. 1a a.a.O.; Komm. v. R.G.R. Erl. 2 a.a.O Güthe Anm. 27 a.a.O.

3) S. Staub WO Anm. 9 zu Art. 36 und Anm. 6 zu Art. 21.

men könne. Den Fall, wo der Briefbesitzer unmittelbar sein Recht vom eingetragenen Gläubiger ableite, wolle § 1155 nicht regeln.

Arnheim Anm. 26 a.a.O. steht auf demselben Standpunkt:

Liege nicht eine Reihe, d. h. mindestens zwei Uebertragungen vor, so finde § 1155 keine Anwendung und demgemäß auch nicht § 40 Abs. 2 GBO.

Dieser Auffassung, die zwar den Wortlaut des § 1155, der von einer Reihe, also von mehreren Abtretungserklärungen spricht, nicht aber den Sinn des Gesetzes für sich hat, kann nicht beigetreten werden. Es ist verfehlt, an dem Wortlaut des Gesetzes haften zu bleiben. Allein maßgebend kann nur, wie Plank Erl. 2 b ε a.a.O. betont, der „Sinn und Zweck" des Gesetzes sein, und demnach muß § 1155 auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Besitzer des Briefes nur durch e i n e beglaubigte Abtretungserklärung, nämlich durch die des eingetragenen Gläubigers, legitimiert ist. 4)

Auch die Rechtssprechung steht auf dem hier vertretenen Standpunkt. S.R.G.Z. 86, 262 ff. „ohne Bedeutung ist auch der von dem Vorderrichter erörterte Umstand, daß der Vormann des Beklagten nicht, wie es im § 1155 BGB. heißt, durch eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen, sondern nur durch „eine" Abtretungserklärung legitimiert war. Es kommt, wie der Berufungsrichter unter Bezugnahme auf Güthe Anm. 26 zu § 40 GBO. mit Recht ausgeführt hat, nur auf den Nachweis des Zusammenhangs mit dem eingetragenen Gläubiger und nicht auf die Zahl der Zwischenmänner an". 5)

Wenn Fuchs Erl. 3 a.a.O. schreibt, § 1155 wolle den Fall, wo der Briefbesitzer unmittelbar sein Recht vom eingetragenen Gläubiger ableite, nicht regeln, so ist dies, was das Verhältnis zwischen dem eingetragenen Gläubiger und dem ersten Erwerber der Hypothek betrifft, wohl richtig. Der Erwerber ist hier auf Grund der allgemeinen Vorschriften §§ 891 ff. geschützt. Für die weitere Abtretung jedoch ist der erste Erwerber legitimiert, § 1155 kommt zur Anwendung. Es wäre Buchstabenjurisprudenz, wollte man dem § 1155 eine andere Auslegung geben und erst den zweiten Erwerber als legitimiert ansehen.

---

4) Wolff Anm. 16 § 142; Plank a.a.O.; Biermann Erl. 4 c a.a.O.; Komm. v. R.G.R. Erl. 2 a.a.O.

5) S. auch R.G.Z. 93, 43.

III. Nicht notwendig ist, daß bei außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Uebertragungen der Hypothek den Abtretungsempfängern die ganze, bis auf den letzten im Grundbuch Eingetragenen zurückführende Reihe früherer Abtretungserklärungen jeweils mit ausgehändigt wird. So betont R.G. Gruch. 62, 621, daß der § 1155 kein Gewicht darauf legt, daß die Abtretungserklärungen stets von Hand zu Hand gegangen sind. Der gutgläubige Erwerber ist demnach auch dann geschützt, wenn ihm bei dem Erwerbe die früheren Abtretungsurkunden nicht ausgehändigt werden. Es genügt, wenn sie irgend wo sich befinden, z. B. bei den Grundakten.

IV. Legitimiert zu Verfügungen ist nicht nur der „letzte" in der zusammenhängenden Reihe, sondern jeder seiner Vormänner, sofern er nur im Besitze des Briefes ist. Ist also A. eingetragener Hypothekar und hat dieser an B., B. an C. abgetreten, so ist letzterer Gläubiger geworden. Ist aber B., nachdem C. bereits Gläubiger geworden war, wieder in den Besitz des Hypothekenbriefs gekommen, sei es durch Diebstahl oder sei es durch mündliche (nichtige, s. § 1154 BGB.) Rückzession, so ist er, sofern er die Abtretungsurkunde B.—C. unterdrückt, wieder legitimiert und zwar zu Gunsten solcher, die von der Gläubigerschaft des C. nichts wissen. 6)

## C. Wirkung der Anwendung der Vorschriften des § 1155.

### § 13 Allgemeines.

I. Ist ein Besitzer des Hypothekenbriefs gehörig gemäß § 1155 ausgewiesen, so wird zu Gunsten gutgläubiger Dritter seine Eintragung im Grundbuch fingiert. Wer von ihm, dem als eingetragen Geltenden, auf Grund gültigen Rechtsgeschäfts 1) gutgläubig die Hypothek oder ein Recht an ihr erwirbt, wird Hypothekenberechtigter. Dies ist im allgemeinen unbestritten. Nur bezüglich der Frage ob der, dem der gehörig ausgewiesene Besitzer die Briefhypothek verpfändet, Pfandgläubiger auf Grund guten Glaubens wird, sind Zweifel entstanden.

---

6) So Wolff § 142 VIII 1 b; Sawitz a.a.O., S. 123; Plank a.a.O. und Bernhöft in Bernhöft und Binder I 6, 387: gelange ein Vormann wieder in den Besitz des Hypothekenbriefs, so sei die „Fiktionsbasis" des § 1155 wieder in seiner Person gegeben, denn er sei Besitzer des Hypothekenbriefs und sei durch beglaubigte Abtretungserklärungen legitimiert.

1) S.R.G. Warn. 8,318 ff; R.G.Z. 86, 262 ff; O.L.G. 29, 388,

Nach der Ansicht des O.L.G. Königsberg O.L.G. 29, 379 kommt durch guten Glauben ein Pfandrecht an einer Briefhypothek nicht zustande.

Das O.L.G. begründet seine Auffassung folgendermaßen: Zwar regle § 1207 auch den Fall, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehöre und bestimme, daß auf eine solche Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung finden. Diese Vorschrift finde aber nur bei Verpfändung von Sachen Anwendung. Dadurch, daß in § 1274 nur auf die §§ 1205, 1206, nicht auf den § 1207 verwiesen sei, habe der Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen gegeben, daß § 1207 bei der Verpfändung eines Rechts, auch wenn zu seiner Uebertragung die Uebergabe einer Sache erforderlich sei, nicht Platz greife. Demnach entstehe ein Recht an einem Recht, also auch an einer Hypothek nur dann, wenn der Verpfänder der legitimierte Inhaber des Rechtes sei. Von einem Nichtberechtigten sei der Erwerb eines Pfandrechts an einem Recht selbst auf Grund des guten Glaubens ausgeschlossen. Hienach könne sich der Pfandgläubiger auch nicht auf den Glauben des Grundbuchs berufen. Denn hier kämen nicht allein der Glaube des Grundbuchs, sondern auch die Vorschriften über den Erwerb und die Veräußerung von Sachen in Frage; die allgemeinen Gesichtspunkte über den gutgläubigen Erwerb könnten dann nicht in Frage kommen, wenn, wie hier, das Gesetz den Fall besonders geregelt habe.

Im Anschluß an dieses Urteil ist zu bemerken: Für den Fall, daß der Verpfänder eines Rechts nicht Inhaber des verpfändeten Rechts ist, entsteht für den Erwerber auch bei Vorliegen von gutem Glauben grundsätzlich kein Pfandrecht. In § 1273 BGB. ist ausgesprochen, daß auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung finden, soweit nichts anderes bestimmt ist. § 1274 BGB. regelt die Entstehung des Pfandrechts an Rechten. Demnach erfolgt die Bestellung eines Pfandrechts an einem Recht nach den für die Uebertragung des Rechts geltenden Vorschriften; ist aber zur Uebertragung des Rechts die Uebergabe einer Sache erforderlich, so ist auch die Uebergabe der Sache oder ein zur Verpfändung gültiges Uebergabesurrogat zur Verpfändung des Rechts notwendig. § 1274 Abs. 1 Satz 2, §§ 1205, 1206. Zur Verpfändung der Briefhypothek ist die Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich §§ 1154, 1274. Dadurch, daß nun in § 1274 Abs. 1 Satz 2 auf die §§ 1205, 1206, nicht aber auf §§ 1207,

1208 Bezug genommen ist, folgt, daß die Vorschriften der §§ 1207 und 1208 über den gutgläubigen Schutz des Pfanderwerbers für das Pfandrecht an Rechten nicht gelten, auch dann nicht, wenn, wie hier zur Verpfändung die Uebergabe einer Sache notwendig ist. Insoweit ist also den Ausführungen des O.L.G. Königsberg beizutreten. Der gutgläubige Pfanderwerber wird auf Grund der Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen und das Pfandrecht an Rechten nicht geschützt. Wenn aber das O.L.G. Königsberg des weiteren der Ansicht ist, daß auch das Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs dem gutgläubigen Pfanderwerber nichts nützen kann, so ist diese Auffassung rechtsirrig. Die Vorschriften über die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs § 892 BGB. „zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt . . .“ bleiben unberührt. Damit, daß der Gesetzgeber den gutgläubigen Pfanderwerber nicht auf Grund der Vorschriften der §§ 1207, 1208 schützen wollte, wollte er noch nicht die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb überhaupt ausschließen. Es ist nicht so, wie das O.L.G. Königsberg in seinem Urteile meint, daß das Gesetz in §§ 1273 ff. eine spezielle Regelung auch für Rechte an Grundstücken herbeiführen wollte. Für diese muß auch in den Fällen der Verpfändung als oberster Grundsatz, soweit der gutgläubige Erwerb in Frage steht, der § 892 gelten. Wer also ein Pfandrecht an einer Briefhypothek von den gemäß § 1155 als eingetragen Geltenden gutgläubig erwirbt, wird geschützt, in seiner Person entsteht das Pfandrecht an der Briefhypothek.[2])

II. Der Erwerb der Hypothek oder eines Rechtes an ihr ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber beim Erwerbe einen Mangel im Rechte seines Rechtsvorgängers kennt. Fahrlässige, insbesondere grobfahrlässige Unkenntnis schadet dem Erwerber nicht. Es genügt also „schwacher“ guter Glaube. Kennt der Erwerber die den Mangel im Rechte des Rechtsvorfahrs begründenden Tatsachen, so wird er trotzdem dann geschützt, wenn er infolge Rechtsirrtums falsche Schlüsse hinsichtlich der Berechtigung seines Rechtsvorfahrs zieht.[3]) Ergibt sich ein Mangel im Rechte aus dem Hypothekenbrief oder

2) S. Plank Erl. 2 zu § 1273; Biermann Erl. 3 a zu § 1274; Wolff Anm. 15 zu § 176.

3) Vgl. Komm. v. R.G.R. Erl. 10 zu § 892 und die dort angeführten zahlreichen Urteile des Reichsgerichts.

aus einem auf diesem stehenden Vermerke, so wird der Erwerber gleichfalls nicht geschützt. Ein im Grundbuch oder auf dem Brief eingetragener Widerspruch wirkt ebenfalls gegen den Erwerber. Verfügungsbeschränkungen muß sich der Erwerber gefallen lassen, wenn er sie entweder kennt oder wenn sie aus dem Grundbuch oder aus dem Hypothekenbrief hervorgehen. Ebenso kann sich aus den in § 1155 angeführten Urkunden ein Mangel im Rechte des Rechtsvorfahrs ergeben. Der Schutz des guten Glaubens versagt gegen solche Mängel, die aus den Urkunden ersichtlich sind. Fehlen also z. B. erforderliche Vollmachten, Einwilligungs- und Genehmigungserklärungen in der vorgeschriebenen Form, so steht dies dem Rechtserwerb des Erwerbers entgegen. 4)

III. Hypothek und Hypothekenforderung können an sich gültig bestehen. Es können ihnen aber Einreden entgegenstehen. Vgl. 1157, 1137, 1138 BGB. Die Einreden des § 1157 (Einreden gegen die Hypothek selbst) können von dem Eigentümer gegenüber dem Zessionar dann geltend gemacht werden, wenn dieser sie zur Zeit des Hypothekenerwerbs kannte oder wenn sie aus dem Grundbuch oder dem Hypothekenbrief oder aus den Uebertragungsurkunden des § 1155 hervorgehen. S. Plank Erl. 3 b zu § 1157.

Dasselbe gilt bezüglich der gegen die persönliche Forderung bestehenden Einreden. S. Plank Erl. 4 zu § 1138 und die dort angeführte Literatur und Judikatur.

Ueber die Einschränkung des öffentlichen Glaubens bei der Nebenleistungshypothek s. §§ 1158, 1159.

IV. Selbstverständlich ist, daß der Schutz des § 1155 nicht weiter reicht, wie der des § 1192. Was nicht das Grundbuch gewährleistet, gewährleistet auch nicht der Hypothekenbrief im Zusammenhang mit der zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw.

Ist z. B. im Grundbuch als Berechtigte ein „Fräulein" eingetragen, so wird der Erwerber, der von deren Eheschließung nichts wußte, nicht geschützt, sein guter Glaube ist belanglos. Die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der im Grundbuch vermerkten tatsächlichen Verhältnisse machen das Grundbuch nicht unrichtig. Sie werden von dem guten Glauben des Grundbuchs nicht erfaßt. S. § 1404 BGB.

4) Vgl. Plank Anm. 3 d zu § 1155; Schweitzer a.a.O. S. 572.

So wenig nun in solchen Fällen der von dem im Grundbuch Eingetragenen Erwerbende geschützt wird, so wenig kann der von einem gemäß § 1155 Legitimierten Erwerbende sich darauf verlassen, daß der Legitimierte keine Ehefrau im gesetzlichen Güterstand oder geschäftsfähig ist. 5)

V. Zu bemerken ist, daß der Inhalt des Grundbuchs den Vorzug vor dem Inhalt des Briefes hat. Die Motive drücken dies folgendermaßen aus (Mot. III 756): „Der Hypothekenbrief hat an sich weder den öffentlichen Glauben, welcher dem Grundbuche beigelegt wird, noch die Aufgabe, durch seinen Inhalt eine zur Vollendung des dinglichen Vertrags erforderliche Eintragung in das Buch zu ersetzen. Wenn daher in dieser oder jener Beziehung Buch und Brief sich nicht decken, so entscheidet das Buch."

So muß z. B. der Erwerber der Briefhypothek eine im Grundbuch vermerkte, aber aus dem Briefe nicht ersichtliche Verfügungsbeschränkung gegen sich gelten lassen, selbst wenn er geglaubt hat, dem Briefe würde eine höhere Kraft wie dem Grundbuche innewohnen. Vertraut der Erwerber der Briefhypothek auf den Inhalt des Grundbuchs, während die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Brief hervorgeht, so ist nach § 1140 die Berufung auf die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes ausgeschlossen. 6)

VI. Ist die Verfügung des Legitimierten für den wahren Berechtigten infolge guten Glaubens des Erwerbers wirksam, so stehen dem Berechtigten, der infolge der Verfügung des Legitimierten einen Rechtsverlust erleidet, die Ansprüche aus § 816 BGB. zu.

### § 14 Maßgebender Zeitpunkt für die Kenntnis des Erwerbers.

I. Maßgebend für den guten Glauben des Erwerbers ist der Zeitpunkt, in dem sich der Erwerb vollzieht, in dem also die schriftliche Abtretungserklärung vorliegt (über die Streitfrage, ob eine solche privatschriftliche Erklärung genügt, s. unten § 15), der Hypothekenbrief übergeben und die Einigung vorhanden ist. Für den Fall aber, daß die Abtretungserklärung, die Einigung und die Uebergabe des Briefes auseinanderfallen, kommt es darauf an, ob im Augen-

5) Vgl. Wolff § 45 I 1; Biermann Erl. 2 h zu § 1155.
6) S. Plank Anm. zu § 1140.

blick des Vollzugs des letzten Aktes der gute Glaube noch vorhanden ist.

Wird also z. B. zunächst die Abtretungserklärung erteilt und dann der Brief übergeben (oder umgekehrt), so muß der Erwerber noch in diesem Zeitpunkt gutgläubig sein. Erlangt er hienach Kenntnis von dem Nichtrecht seines Vorgängers, so schadet ihm diese nicht mehr. Mala fides superveniens non nocet. 1)

II. Bis jetzt ist davon ausgegangen, daß der Legitimierte dem Erwerber den unmittelbaren Besitz übertragen hat (durch körperliches Geben und Nehmen) oder daß der Erwerber gemäß § 854 Abs. 2 den Besitz erlangt hat. Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Erwerber den Besitz auf Grund von Uebergabesurrogaten erlangt hat? Hat dies die Bedeutung, daß neben die Vorschriften über das Immobiliarpfandrecht noch die Vorschriften über den gutgläubigen Fahrniserwerb treten?

Hachenburg (Vorträge S. 591) ist tatsächlich dieser Ansicht. Er meint, die Bestimmungen des Gesetzes über den gutgläubigen Erwerb an Fahrnissen müßten anwendbar sein. Das Belassen des Hypothekenbriefs in den Händen des Veräußerers auf Grund eines vereinbarten Rechtsverhältnisses (s. § 930 BGB.) genüge nicht zum gutgläubigen Erwerb. Demnach hält Hachenburg die für den Fahrniserwerb geltenden Regeln (s. §§ 932 Abs. 1 Satz 2, 933, 934) für anwendbar und stellt der Uebergabe insbesondere die Vindikationszession und das Besitzkonstitut nicht gleich. Ist also X. der letzte in der Reihe und stellt er, nachdem er sich mit Y. über den Hypothekenübergang geeinigt hatte, eine Abtretungserklärung auf diesen aus und vereinbart er gleichzeitig mit ihm, daß er den Hypothekenbrief für ihn verwahre, so wird nach Hachenburg Y. nur dann Gläubiger, wenn ihm der Brief von X. übergeben wird und er noch zu dieser Zeit gutgläubig ist.

Ich glaube nicht, daß man die für den Fahrniserwerb geltenden Regeln zur Anwendung bringen und mit den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb einer Briefhypothek verquicken kann. Nach § 1154 ist zum Erwerb der Hypothek Uebergabe des Briefes erforderlich, wobei der Uebergabe die Uebergabesurrogate des § 1117 BGB., worin allerdings auf fahrnisrechtliche Regeln Bezug genommen ist, gleichstehen. Was aber den Schutz des guten Glaubens beim

1) Turnau-Förster a.a.O. Erl. 1; Biermann a.a.O. 2 b; Predari a.a.O. S. 150; R.G.Z. 89, 160; Prot. II, 3,656.

Erwerb einer Briefhypothek anbetrifft, so hat dieser in § 1155 seine Regelung erfahren. Hier ist vorgeschrieben, daß, wenn in der Person des Besitzers bestimmte Voraussetzungen vorliegen, die Vorschriften der §§ 891–899 BGB. zur Anwendung kommen. In § 1155 ist auch mit keinem Wort die Rede davon, daß daneben noch fahrnisrechtliche Regeln über den Schutz des guten Glaubens zur Anwendung kommen müssen. Wenn der Gesetzgeber daran gedacht hätte, hätte er es sicher zum Ausdruck gebracht. Es kommt also nur darauf an, daß der Tatbestand, an den das Gesetz den Erwerb der Briefhypothek knüpft, vorliegt und daß zur Zeit der Vollendung des Erwerbs der gute Glaube vorhanden ist. Der Tatbestand ist ebenso erfüllt, ob eine direkte Uebergabe oder nur ein Surrogat davon vorliegt. In dem obigen Beispiel würde also Y. die Hypothek erwerben, schon ehe der Brief ihm von X. übergeben ist. Eine zwischen der Vereinbarung des Besitzkonstitutverhältnisses und der tatsächlichen Uebergabe des Hypothekenbriefs erlangte Kenntnis kann ihm nichts mehr schaden.[2])

### § 15 Wird nur dem beglaubigten Zessionar der Schutz des öffentlichen Glaubens zuteil?

Die Frage ist bestritten. Eine Reihe von Schriftstellern ist der Ansicht, daß dem, der lediglich auf Grund privatschriftlicher Abtretungsurkunde erwerbe, der Schutz des § 1155 versagt sei.

1. So meint Hachenburg (Vorträge S. 391): Ergebe sich das Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden Kette öffentlich beglaubigter Abtretungen, so werde der Besitzer des Briefes ebenso behandelt, als sei er im Grundbuch eingetragen. Aber daraus folge, daß im Moment des letzten Erwerbes die Zessionenreihe vorschriftsmäßig vorhanden sein müsse. Der gute Glaube des Besitzers müsse zusammentreffen mit der beglaubigten Abtretungserklärung an ihn selbst. Habe er nichts von einem nichteingetragenen Rechte des Eigentümers auf Grund einer Verzichtszusage seines Vorgängers gewußt, so schütze ihn dieser gute Glaube nicht, sobald die Abtretung unbeglaubigt erfolge. Wenn er, nachdem ihm diese Tatsache bekanntgegeben worden sei, die Beglaubigung der Unterschrift seines Vormannes herbeiführe, so sei dies zu spät. Denn jetzt sei sein Glaube ein schlechter geworden.

2) S. Predari S. 150, Anm. 13.

Ebenso Fuchs Erl. 6 a.a.O.: für die Kenntnis des Erwerbers sei der Zeitpunkt maßgebend, in welchem für ihn der Tatbestand des § 1155 erfüllt sei, also Uebergabe des Briefes, Erteilung der Abtretungserklärung und öffentliche Beglaubigung; würden diese drei Akte zeitlich auseinanderfallen, so entscheide der Zeitpunkt des letzten.

Weiter wird diese Meinung noch geteilt von Dernburg § 233 II Anm. 36: Der gute Glaube des Erwerbers müsse bezüglich der Richtigkeit der Hypothek und der Forderung zur Zeit des Erwerbes vorhanden sein, also bei einer Briefhypothek zur Zeit der auch unbeglaubigten Abtretungserklärung und der Uebergabe des Hypothekenbriefs. Dagegen müsse der gute Glaube des Erwerbers bezüglich des Rechtes seines Rechtsvorfahrs nach § 1155 zur Zeit der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung bestehen.

Endlich ist noch Oberneck § 133 2 g β dieser Ansicht, daß nur der beglaubigte Zessionar geschützt werde. Nur dann, wenn der objektive Bestand der Forderung in Betracht gezogen werde, würde die Uebergabe des Hypothekenbriefs und die Erteilung einer schriftlichen Abtretungserklärung genügen.

II. Diese Meinung, nur den beglaubigten Zessionar an dem Schutz des guten Glaubens teilnehmen zu lassen, kann nicht aufrecht erhalten werden. Im Gesetz findet sie keine Stütze. Es muß betont werden, daß die Beglaubigung nur zur Legitimation des Briefbesitzers dient, nicht aber dagegen zur Uebertragung der Hypothek. Wer also nur durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung von dem Legitimierten erwirbt, wird, da jeder rechtsgültige rechtsgeschäftliche Erwerb von dem eingetragenen oder gemäß § 1155 als eingetragen geltenden Gläubiger zur Anwendung des § 892 BGB. genügt und nach § 1154 Abs. 1 Satz 1 durch bloße privatschriftliche Abtretungserklärung die Hypothek erworben werden kann, geschützt.

Nehmen wir folgenden Fall als Beispiel:

A. ist eingetragener Gläubiger, er tritt beglaubigt an B. ab, dieser ebenso an C., C. zediert hierauf privatschriftlich an den gutgläubigen D.; D. wird sodann in seinem Rechtserwerbe geschützt. Allerdings steht D. als unbeglaubigter Zessionar einem Beglaubigten gegenüber insoweit zurück, als für sein Recht keine Vermutung streitet. Auch was die Geltendmachung der Hypothek anbetrifft, steht er hinter einem beglaubigten Zessionar zurück. Zu einer Weiterübertragung ist D. in dem obigen Beispiel voll berechtigt; überträgt er die Hypothek beispielsweise an E., so wird dieser Hypothekengläubiger, selbst dann,

wenn er positiv weiß, daß C. nie Hypothekenberechtigter (z. B. wegen Geisteskrankheit des B.) geworden war. 2)

### § 16 Nachträgliche Bewirkung der öffentlichen Beglaubigung.

Damit eine Abtretungserklärung Legitimationswirkung erzeugen kann, muß sie, wie wir gesehen haben, öffentlich beglaubigt sein. Wie aber, wenn die Beglaubigung der einen Vormann ausweisenden Abtretungserklärung erst nachträglich, nach der Weiterabtretung, bewirkt wird? Nehmen wir als Beispiel folgenden Fall:

A. ist eingetragener Gläubiger; er zediert öffentlich beglaubigt an B., dieser unbeglaubigt an C., C. seinerseits tritt die Hypothek an D. ab. Die Abtretungserklärung von B. auf C. wird nachträglich beglaubigt. Ist nun B. zur Zeit seiner Abtretung an C. wegen Geisteskrankheit entmündigt, so ist C. nicht Gläubiger geworden. Hat aber D. das Gläubigerrecht nun dadurch erworben, daß nachträglich durch die Beglaubigung der Zession B.—C. die Legitimation des C. erzeugt wurde?

Bei der Entscheidung dieser Frage stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der herrschenden Lehre tritt der Schutz des guten Glaubens nachträglich ein, vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in der Zwischenzeit von einem Mangel in dem Rechte des Vormanns Kenntnis erlangt hat. D. wäre in unserem Beispiel also unter der Voraussetzung, daß er zur Zeit der Herbeiführung der Beglaubigung B.—C. noch C. für den Gläubiger hält, geschützt. 1)

Nach der anderen Ansicht könnte die nachträgliche Bewirkung der öffentlichen Beglaubigung keine Wirkung in der Hinsicht erlangen, daß D. nunmehr in seinem Rechtserwerbe geschützt wäre.

Auf dem Boden dieser Ansicht steht Hachenburg Beiträge S. 107: „. . . . Und schon hier drängt sich die Frage auf, wie es denn gehalten werden soll, wenn der Erwerber, dessen Veräußerer lediglich eine mit Privatunterschrift versehene Zession besaß und dem der Beklagte eine Einrede aus der Person eines Rechtsvorgängers entgegenhält, nachträglich diese Unterschrift beglaubigen läßt. Die

2) S. Predari S. 155; Crome a.a.O. 3 a $\alpha$, Männer § 70 Anm. 43 a.a.O.; Biermann Erl. 2 b und 3 a.a.O., Willenbücher Erl. II 3 a.a O.; Schweitzer a.a.O. S. 574.

1) S. Wolff Anm. 18 zu § 162; Plank 2 b $\beta$; Männer § 70 Anm. 36; Komm. v. R.G.R. Erl. 2 a.a.O.; Crome § 471 Anm. 23 a.a.O.; Biermann Erl. 1 a und 4 d a.a.O.; Hachenburg Vorträge S. 591.

Einrede bleibt trotzdem zulässig. Nicht weil auf den Tag der Beglaubigung zur Beurteilung der bona fides gesehen wird, denn für diese kann stets nur der Tag des Erwerbes gelten, sondern weil beim Erwerb der Besitzer des Briefes, der die Hypothek veräußerte, nicht durch die fortlaufende Kette legitimiert war und weil nur der Erwerb von einem solchen dem Erwerb von einem zum Grundbuch Eingetragenen gleichsteht. Es ist also keine Möglichkeit für die Parteien, durch spätere Beglaubigung der Uebertragung, die nur handschriftlich erfolgte, die Einrede des Eigentümers aus der Person von Rechtsvorgängern abzuschneiden, wenn sie auch genügen muß, um die Eintragung ins Grundbuch zu bewirken." 2)

An Hachenburg schließt sich Bernhöft S. 391 an. Er führt im Hinblick auf das obige Beispiel aus: Die „Fiktionsbasis" für die „Fiktion", daß C. berechtigt sei, sei zu keiner Zeit vorhanden gewesen, früher nicht, weil C. nicht legitimiert gewesen, jetzt nicht, weil er nicht mehr Besitzer sei. Es müsse als unzulässig bezeichnet werden, den Tatbestand aus ganz verschiedenen Zeiten zusammenzusetzen, um eine Fiktionsbasis zu gewinnen. Es sei willkürlich, bona fides zur Zeit der Nachholung zu fordern, denn bona fides sei zur Zeit des Erwerbes erforderlich. Eine einzige unbeglaubigte Abtretungserklärung in einer langen Reihe von beglaubigten Abtretungserklärungen entziehe dem Erwerber den Schutz des guten Glaubens, und zwar so, daß der Nachteil auch durch spätere Nachholung der Beglaubigung nicht wieder gut gemacht werden könne.

An sich ist ja nun zuzugeben, daß die letztere Auffassung gegenüber der herrschenden die logischere zu sein scheint, denn im Augenblick des Erwerbes hat der Erwerber nur die Stellung, die auch sein Vormann hatte; ändert sich nachträglich die Stellung des Vormannes, so könnte man annehmen, daß dem Nachmann dies nicht mehr zugute kommen könnte. Es ist aber diese Lösung mit der herrschenden Lehre abzulehnen. Sawitz a.a.O. betont mit Recht, daß diese Auffassung dem Verkehrsbedürfnisse widerstreitet. Vom praktischen Standpunkt aus bedeutet es eine Schädigung des Hypothekenverkehrs, wenn der nachträglichen Beglaubigung keinerlei Wirkung beigemessen wird. Es erscheint als Formalismus, den Erwerber zu schützen, wenn die Beglaubigung *vor* seinem Erwerbe nachgeholt wird, nicht aber, wenn dies *nach* seinem Erwerbe geschieht.

2) Hachenburg hat sich jedoch in den Vorträgen S. 591 der herrschenden Meinung angeschlossen. S. Anm. 1 oben.

Sawitz führt mit E. dann weiter ganz richtig aus, daß die herrschende Lehre aufrecht zu erhalten ist, wenn man § 185 BGB. zur analogen Anwendung heranzieht. Verfügt ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, so wird die Verfügung wirksam, wenn der Verfügende nachträglich den Gegenstand erwirbt. Der Dritte erlangt zunächst nur die Stellung, die seinem Vorgänger zustand; die nachträglich eintretende Berechtigung seines Rechtsvorgängers läßt auch den Erwerb des Dritten nachträglich voll wirksam werden.

Durch die nachträgliche Beglaubigung wird nun der Vormann zu Gunsten des Nachmannes legitimiert, über die Hypothek zu verfügen. Wie im Falle des § 185, führt Sawitz aus, nachträglich das Recht des Verfügenden erzeugt wird, so wird hier nachträglich seine Legitimation erzeugt. Dieser nachträglichen Legitimation muß dieselbe Wirkung zugeschrieben werden, wie der nachträglich eingetretenen Berechtigung.

### § 17 Nur der rechtsgeschäftliche Erwerb wird geschützt.

Der Erwerb kraft Gesetzes oder durch Zwangsvollstreckung steht hinsichtlich der Anwendung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens dem rechtsgeschäftlichen nicht gleich. Dem steht auch der zweite Satz des § 1155 nicht entgegen. Wie früher schon angedeutet, hat die Gleichsetzung des Anerkenntnisses und des Ueberweisungsbeschlusses nur die Bedeutung, daß diese lediglich Zwischenglieder in der Reihe bilden, nicht aber die, daß der, auf den ein Anerkenntnis ausgestellt ist, oder dem die Forderung durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß überwiesen ist, etwa in seinem guten Glauben geschützt wird. Ein solcher Erwerber kann nicht mehr Rechte haben, als seinem Vorgänger zustanden.

Liegt ein Erwerb kraft Gesetzes vor (befriedigt z. B. ein Schuldner, der nach Meinung des Gläubigers regreßberechtigt ist, obwohl er dies in Wirklichkeit nicht ist, den Gläubiger s. § 1164), so wird auch beim Vorliegen eines Anerkenntnisses, obwohl sich dies als eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt, dem Erwerber (Schuldner) kein Schutz gewährt. Denn dies würde dem allgemeinen Prinzip des BGB., nur dem rechtsgeschäftlichen Erwerber Schutz zu gewähren, zuwiderlaufen. Vgl. Komm. v. R.G.R. Erl. 5: „Zu bemerken ist, daß wenn der letzte Inhaber die Hypothek kraft Gesetzes erworben hat, er auch beim Vorhandensein eines Anerkenntnisses ebenso wenig

wie im Falle der Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung für seinen Erwerb den Schutz des öffentlichen Glaubens § 1155, 892 in Anspruch nehmen kann, da nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt wird." 1)

Anderer Meinung in dieser Richtung Schweitzer a.a.O. S. 571, Anm. 10. „Man wird annehmen müssen, daß auch derjenige durch Rechtsgeschäft erwirbt, welcher durch Anerkenntnis des gesetzlichen Uebergangs erwirbt."

Und Staudinger Erl. V 5ε: „Hervorzuheben ist, daß solche Anerkenntnisse den rechtsgeschäftlichen Abtretungserklärungen in jeder Beziehung gleichstehen. Infolgedessen ist eine Berufung auf ein derartiges Anerkenntnis auch dann schon statthaft, wenn der gegenwärtige Gläubiger aus ihm seine Befugnisse herleitet (im Gegensatz zu der gerichtlichen Ueberweisung)."

### § 18 Unterbrechung der beglaubigten Zessionenreihe durch eine unbeglaubigte Zession.

Der Fall, daß eine Reihe von beglaubigten Zessionen durch eine unbeglaubigte Zession unterbrochen wird, hat zu verschiedenen Zweifeln Anlaß gegeben.

Plank Erl. 2b ε a.a.O. gibt folgendes Beispiel:

Der eingetragene Gläubiger habe die Hypothek an A., dieser an B. abgetreten, dieser seinerseits wieder an C. Diese Zessionen seien sämtliche beglaubigt. C. habe seinerzeit die Forderung an D. abgetreten, jedoch unbeglaubigt; D. habe mit beglaubigter Zession wieder an E. abgetreten. Von E. wolle F. die Hypothek erwerben. — Die Frage ist nun die, ist E. i. S. des § 1155 legitimiert, kann F. zu seinen Gunsten die Vorschrift des § 1155 in Anspruch nehmen? Wenn man den Wortlaut des § 1155 ins Auge faßt, ist E. in keiner Weise legitimiert, denn nach § 1155 muß sich das Gläubigerrecht des Besitzers aus einer zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunden ergeben. Eine Reihe von Schriftstellern trägt demnach auch dem Gesetzeswortlaut Rechnung und kommt zu einer engen Gesetzesauslegung.

I. So ist Hachenburg Vorträge S. 589 f. folgender Ansicht: Fehle in der Kette der Abtretungen ein Mal eine Beglaubigung, so schneide hier der gutgläubige Erwerb ab. Der 7. Gläubiger müsse sich ein-

1) S.R.J.A. 9,211; Arnheim § 40 Anm. 24 a.a.O.; Plank Erl. 3 b.

wenden lassen, daß der 3. nur eine einfache schriftliche Abtretungserklärung gehabt habe. Zweifellos sei, daß damit jede Berufung auf den guten Glauben an das Recht des Veräußerers ausgeschlossen sei. Auch wenn die Gläubiger 4, 5, 6 wieder beglaubigte Abtretungen haben würden, so sei doch der Einwand, daß bei diesen eine Unwirksamkeit des Aktes vorliege, statthaft. Der Schutz des guten Glaubens an den Inhalt des Grundbuchs sei nur dann auf den Hypothekenbrief ausgedehnt, wenn eine fortlaufende Kette beglaubigter Uebertragungen vorliege.

Ebenso Turnau-Förster Erl. 7 a.a.O.: Sei die Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen durch eine unbeglaubigte Erklärung unterbrochen, so müsse sich jeder einer solchen Abtretung folgende Erwerber Einwendungen gegen die Legitimation des Abtretenden gefallen lassen. 1)

II. Plank Erl. 2 b steht grundsätzlich auf dem Boden dieser Ansicht, geht aber m. E. noch einen Schritt weiter (anhand des obigen Beispiels). F. müßte, wenn er von E. erwerbe, an sich allen Einwendungen gegen das subjektive Recht seiner Vormänner ausgesetzt sein. Dieses Ergebnis erscheine auffallend in betr. der Vormänner A., B., C. D., welcher von C. erworben habe, habe sich unzweifelhaft, obwohl er durch eine nichtbeglaubigte Abtretungserklärung erworben habe, auf die Regel des § 1155 berufen können. Zu seinen Gunsten sei C. wie ein eingetragener Gläubiger betrachtet worden. Wenn D. seine Forderung an E. abgetreten habe, so habe er an diesen doch die Stellung übertragen, die er selbst gehabt habe. E. habe, da die zu Gunsten des D. ausgestellte Abtretungsurkunde nicht beglaubigt gewesen sei, sich nicht darauf verlassen können, daß die Uebertragung an D. rechtsgültig erfolgt sei und daß D. zurzeit der Abtretung an E. sein Recht nicht aufgehoben oder verloren habe. Dagegen sei nicht abzusehen, weshalb er sich nicht, ebenso wie sein Vormann D. auf das subjektive Recht seiner Vormänner sollte verlassen dürfen. Man müsse daher den § 1155 so auslegen, daß, soweit sich D. auf das subjektive Recht seiner Vormänner habe verlassen können, dieses Recht auch jedem späteren Erwerber zustehe. F. könne daher in dem obigen Beispiel zum Zwecke des ihm obliegenden Beweises des Gläubigerrechts seiner Vormänner sich in Beziehung auf A., B., C. ebensogut auf die Regel des § 1155 berufen wie D.

---

1) S. auch Goldmann-Lilienthal § 79 Anm. 26; Biermann a.a.O. Erl. 4 b.

Im übrigen kommt aber auch Plank, wie bereits schon angedeutet, zu der Ansicht, daß die Beglaubigung einer Abtretungserklärung, die einer unbeglaubigten Zession nachfolgt, nicht die Wirkung hat, daß der, auf den die beglaubigte Abtretungserklärung lautet, im Grundbuch als eingetragen gilt, denn, führt Plank aus, der Wortlaut des Gesetzes lasse sich mit einer solchen Auffassung schwerlich vereinigen und es sei bedenklich, als die Absicht des Gesetzes einen so allgemeinen und einschneidenden Satz anzunehmen, während der Wortlaut des Gesetzes einen weit beschränkteren Inhalt habe? 2)

III. Die Auffassung Planks und der vorgenannten Schriftsteller, den späteren, d. h. den auf die unbeglaubigte Zession folgenden beglaubigten Abtretungserklärungen die Wirkung des § 1155 zu versagen, kann jedoch nicht geteilt werden.

Die m. E. richtige Ansicht ist die: Befindet sich in einer Reihe von öffentlich beglaubigten Zessionen eine unbeglaubigte, so wird die Wirkung des § 1155 wohl beschränkt, aber keineswegs ausgeschlossen. Ist die unbeglaubigte Zession aus irgendeinem Grunde unwirksam, z. B. weil sie von einem Geschäftsunfähigen erfolgte oder weil sie wegen Irrtum angefochten ist, so sind weder der unbeglaubigte Zessionar noch dessen Nachmänner i. S. des § 1155 legitimiert. Bestand gegen den unbeglaubigten Zessionar eine Einrede des Zessionars, so besteht sie auch gegen dessen Rechtsnachfolger, gleichgültig, ob diese hinsichtlich der Einrede gutgläubig waren. Kurz: Mängel, die mit der unbeglaubigten Zession irgendwie zusammenhängen, können schlechthin von dem Eigentümer gegen die auf die unbeglaubigte Zession folgenden Nachmänner geltend gemacht werden. Insoweit ist der von Hachenburg a.a.O. aufgestellte Satz richtig, daß da der gutgläubige Erwerb abschneide, wo die Reihe von beglaubigten Zessionen durch eine unbeglaubigte Zession unterbrochen wird.

Im übrigen aber ist zu sagen, ist die unbeglaubigte Zession gültig, besteht gegen den unbeglaubigten Zessionar keine Einrede des Eigentümers, so ist nicht einzusehen, weshalb nun die der unbeglaubigten Zession folgenden beglaubigten Zessionen nicht wieder unter den § 1155 fallen sollen. Der letzte, der auf die unbeglaubigte Zession hin neu beginnenden Reihe muß ebenso als legitimiert gelten, wie wenn die Reihe nicht durch eine unbeglaubigte Zession eine Unterbrechung erfahren hätte, vorausgesetzt aber, daß diese gültig ist.

2) S. Sawitz S. 123 f a.a O.

Ist in dem obigen Plankschen Beispiel die Zession C.—D. rechtsgültig, und war D. bei seiner beglaubigten Abtretung an E. noch Gläubiger, so kann F. von E. die Hypothek wirksam erwerben, auch wenn E. vor seiner Abtretung an F. bereits nicht mehr Gläubiger war. (Die Legitimation muß er jedoch hiebei noch besessen haben.) 3)

## D. Anhang.

### § 19 Wie ist die Rechtslage, wenn über eine Hypothek zwei Hypothekenbriefe ausgestellt sind?

I. Für den Fall, daß ein Grundstück in zwei Grundbüchern gebucht ist, ist nach der herrschenden Lehre anzunehmen, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs für kein einzelnes der beiden Grundbücher gilt. Beide Grundbücher gelten zusammen als „Grundbuch", der gute Glaube des Grundbuchs gilt für beide Grundstücke zusammen. Soweit sich die Buchungen jedoch widersprechen, ist eine Berufung auf den guten Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen. 1)

II. Anders ist die Rechtslage, wenn über eine Hypothek zwei Hypothekenbriefe ausgestellt sind. Ueber eine Hypothek darf nur ein Hypothekenbrief ausgestellt werden. Wird ohne Kraftloserklärung (§ 1162 BGB.) dieses Briefs ein neuer Brief ausgestellt, so hat dies nicht die Wirkung, daß, wie bei der Doppelbuchung eines Grundstücks beide Briefe zusammen die Grundlage für den öffentlichen Glauben abgeben und daß eine Berufung auf den öffentlichen Glauben, soweit die beiden Briefe sich widersprechen, ausgeschlossen ist. Die Rechtslage ist vielmehr die, daß nur dem alten Brief eine rechtliche Kraft innewohnt, der neue Brief ist rechtlich wirkungslos, er vermag dem alten Brief in keiner Weise Abbruch zu tun. Kommt der neue Brief in die Hände gutgläubiger Dritter, so werden diese, weil der neue Hypothekenbrief, solange der alte Brief zu Recht besteht, im rechtlichen Sinne ein „nichts", also auch keine geeignete Geschäftsgrundlage ist, nicht geschützt. Ein gutgläubiger Erwerb kann sich nur an den alten Hypothekenbrief anknüpfen.

III. Sawitz S. 122 f. verkennt dies, wenn er meint, beide Hypothekenbriefe seien in einem solchen Falle als gültig zu betrachten;

---

3) Staudinger Erl. III a.a.O.; Ramdohr, Gruch. 44 S. 371 f; Wolff § 142 VIII 3.
1) S. Wolff § 37 Ziff. 3 Anm. 4 und die dort angegebene Judikatur und Literatur.

wenn sich an jeden der beiden Briefe eine Kette von nach § 1155 legitimierten Gläubigern schließt, meint er, daß der letzte gutgläubige Erwerb, wenn es zur endlichen Regulierung komme, entscheidend sei.

Die Ansicht, daß beide Briefe sich aufheben, lehnt Sawitz a.a.O. ausdrücklich ab, ebenso die Auffassung, daß ein Brief vor dem andern den Vorzug habe.

IV. Nach dem Wolffschen Beispiel § 142 IX am Ende besticht ein Hypothekar einen Gerichtsschreiber, daß er über ein und dieselbe Hypothek zwei gleichlautende Hypothekenbriefe ausstelle und diese dem Richter zum Unterschreiben unterschiebe. Die beiden Hypothekenbriefe werden ausgestellt, vom Richter, der arglos ist, unterschrieben und dem Hypothekar ausgefolgt. Der Hypothekar gibt dann den erst ausgestellten Hypothekenbrief an B., den zweitausgestellten an A. Hier ist Wolff in vollem Umfang beizutreten, wenn er annimmt, daß B. den Hypothekenbrief erworben hat und nicht A., denn nur der erstausgestellte Hypothekenbrief hat Rechtswirksamkeit. Für den Fall, daß sich die Reihenfolge der Ausstellung dieser Briefe nicht ermitteln läßt, kommt Wolff zu der Annahme, daß eine Rechtsgemeinschaft (communio incidens) vorliege, die zu einer Teilung nach Quoten führen würde.

Ich möchte in diesem letzten Punkte, wenn die Reihenfolge der Ausstellung der Briefe nicht mehr zu ermitteln ist, Wolff nicht beitreten, sondern dagegen annehmen, daß vor Begebung der Briefe durch den Hypothekar keinem dieser Briefe eine Rechtswirksamkeit zusteht, daß aber dem Briefe dann die volle ungeschmälerte Rechtswirkung beikommt, der als erster in den Rechtsverkehr eingeführt wird.

V. Der häufigste Fall, daß zwei Hypothekenbriefe vorhanden sind, ist wohl der, daß ein abhanden gekommener oder vermeintlich vernichteter Hypothekenbrief nach der Kraftloserklärung wieder auftaucht. Die Kraftloserklärung hat die Bedeutung, daß der Hypothekenbrief für die Zukunft ohne jede rechtliche Wirkung ist. Auch durch guten Glauben kann einem derartigen für kraftlos erklärten Brief keine rechtliche Wirkung mehr verschafft werden. Dies ist auch die Auffassung des Gesetzgebers. Die Mot. III, 763 drücken dies in folgender Weise aus:

„Der neue Brief tritt in jeder Hinsicht an die Stelle des alten. Kommt der letztere wieder zum Vorschein, so kann er doch die Er-

werbung der Hypothek fortan unter keinen Umständen mehr vermitteln. Wollte man der behufs Uebertragung der Hypothek erfolgten Uebergabe eines für kraftlos erklarten Briefes an einen mit der Kraftloserklärung unbekannten Dritten um des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs willen, rechtliche Wirkung beimessen, so würde man die Kraft des Ausschlußurteils ganz gegen Zweck und Inhalt desselben abschwächen und die Erteilung eines neuen Hypothekenbriefs zu einer sehr gefährlichen Einrichtung machen."

Es ist gleichgültig, ob die Kraftloserklärung im Grundbuch vermerkt ist (§ 68 Abs. 3 G.B.O.). Der Erwerber wird auch in dem Falle, daß die Kraftloserklärung aus dem Grundbuch nicht hervorgeht, nicht geschützt, denn die Kraftloserklärung wird so wenig gebucht, wie z. B. die Geschäftsfähigkeit oder der eheliche Güterstand. 2)

Wird auf Grund einer Anfechtungsklage (CPO. §§ 957, 958) das Ausschlußurteil aufgehoben, so wird der „neue" Brief kraftlos und der „alte" Brief tritt wieder in Kraft. Ein gutgläubiger Schutz findet in diesem Falle nur statt, wenn der Eigentümer an den, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, in Unkenntnis, daß dieses aufgehoben worden ist, Leistungen bewirkt hat (§ 1018 Abs. 2 CPO.). Weitergehende Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens gibt es jedoch nicht. Man muß also sagen, daß ein Dritter, der in Unkenntnis von dem auf die Anfechtungsklage hin ergangenen Urteil den „neuen" Brief erwirbt, ebensowenig geschützt wird, wie der, der einen Brief in Unkenntnis des Ausschlußurteils erworben hat. Geschäfte aber, die vor Erlaß des das Ausschlußurteil aufhebenden Urteils getätigt worden sind, sind wirksam. 3)

---

2) S. Plank Erl. 7 a zu § 1162; Biermann Erl. 2 i zu § 1155, Erl. 6 zu § 1162; Komm. v. R.G.R. § 1162; Goldmann-Lilienthal Anm. 31 zu § 77.
3) S. Plank Erl. 8 § 1162 Goldmann-Lilienthal Anm. 32 zu § 77.

# Verzeichnis der benützten Literatur.


**Achilles-Strecker** Die Grundbuchordnung nebst den preuss. Ausführungsbestimmungen mit Komm. und Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht Berlin 1901.

**Arnheim** Komm. zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich nebst den für Preussen erlassenen Ausführungsbestimmungen 2. Aufl. Berlin 1913.

**Baumbach** Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen 4. Auflage Berlin 1928.

**Bernhöft** Zur Lehre von den Fiktionen im BGB. In Bernhöft und Binder, Beiträge zur Auslegung des bürgerlichen Rechts I 6, 281 ff.

**Biermann** Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuch 3. Auflage Berlin 1914.

**Böhm** Das formelle und materielle Grundbuchrecht Hannover 1898.

**Boyens** Gefahren beim Erwerb nicht umgeschriebener Hypothekenbriefe D.J.Z. 1916. 121 ff.

**Bollenbeck** Abtretung der Eigentümerhypothek in Z.f.d.D.N.V. 01, S. 44.

**Brachvogel** Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher einen Erbfall in sich schliessender Uebertragung in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 49 S. 305 ff.

**Carlebach** Komm. zu dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Einarbeitung der Landesvorschriften von Elsass-Lothringen, Bayern, Württemberg und Baden, Stuttgart 1913.

**Crome** System des Deutschen bürgerlichen Rechts Band 3 Tübingen 1905.

**Dernburg** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens 1. und 2. Aufl. Halle 1899.

,, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preussens 2. Auflage Halle 1901.

,, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preussens 3. Auflage 1904.

**Dronke** Die Anwendbarkeit des § 1155 BGB und des § 40 Abs. 2 GBO beim Uebergang des bloßen dinglichen Hypothekenrechts. Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1901 S. 955.

| | |
|---|---|
| **Endemann** | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 8. und 9. Auflage 2.Band Sachenrecht Berlin 1905. |
| **Fischer** | Der Hypothekenbrief im neuen Rechte, Archiv für bürgerliches Recht 14/1898, 231 ff. |
| **Fuchs** | Grundbuchrecht Komm. zu den grundbuchrechtlichen Normen des bürgerlichen Gesetzbuchs Band 1 Berlin 1902. |
| **Goldmann-Lilienthal** | Das Bürgerliche Gesetzbuch 2.Band Sachenrecht Berlin1912. |
| **Güthe-Triebel** | Komm. zu der GBO 4. Aufl. Berlin 1923. |
| **Hachenburg** | Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Vorträge 2. Aufl. Mannheim 1900. |
| ,, | Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich (2. Lesung) Mannheim 1895. |
| **Josef** | Die Einwirkung des guten Glaubens auf den Mangel der Vertretungsmacht des Vaters im Fall des § 1155 BGB und die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vater im Fall des § 1638. Sächs. Archiv für Rechtspflege 1917 121 ff. |
| **Kommentar von Reichsgerichtsräten** | Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 6. Auflage Berlin Leipzig 1928. |
| **Kretzschmar** | Einführung in das Grundbuchrecht Leipzig 1902. |
| **Männer** | Das Sachenrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl. München 1906. |
| **Meikel** | Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl. Müchen-Berlin 1912. |
| **Motive** | Zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich III. Sachenrecht. Berlin-Leipzig 1888. |
| **Mündheim** | Erwerb der Briefhypothek kraft öffentlichen Glaubens Berlin 1925. |
| **Oberneck** | Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten insbesondere derjenigen Preussens 4. Aufl. 2. Band Berlin 1909. |
| ,, | Zur Auslegung des § 40 Abs. 2 und des § 1155. Z.d.D.N.V. 1903, S. 154 ff. |
| **Oertmann** | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs Berlin 1926. |
| **Plank** | Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Sachenrecht 4. Aufl. Berlin 1920. |
| ,, | Recht der Schuldverhältnisse 4. Auflage Berlin 1914. |
| **Predari** | Die Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897. Berlin 1913. |
| **Protokolle** | Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs Berlin 1899. Herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn. |

| | |
|---|---|
| **Ramdohr** | Das Rechtsprinzip zum Schutz mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB. Gruch. Band 44, 115 ff. 324 ff., 658 ff., 801 ff. |
| **Sawitz** | Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. |
| **Schweitzer** | Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts § 1155 BGB in Gruchot Band 45 S. 558 ff. |
| **Simonson** | Gefahren beim Erwerb nicht umgeschriebener Hypothekenbriefe D.J.Z. 1916 S. 531 f. |
| **Staub-Stanz** | Komm. zur Wechselordnung 11. Aufl. Berlin-Leipzig 1926. |
| **Sörgel** | Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Berlin-Stuttgart-Leipzig 3. Aufl. 1926. |
| **Staudinger-Kober** | Komm. zum Sachenrecht 9. Aufl. München 1926. |
| **Stein-Jonas** | Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich Tübingen, Band 1 1928 14. Auflage; Band 2 1929 14. Auflage. |
| **Turnau-Förster** | Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgegesetzen und den preuss. Ausführungsbestimmungen. Band 1 das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Aufl. 1906. Paderborn. |
| **Warneyer** | Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 2. Band 1927 Tübingen. |
| **Willenbücher** | Das Liegenschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung mit ErläuterungenBerlin 1904. |
| **Wolff, Oberlandesgerichtsrat** | Wird der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen i. S. des § 1155 BGB und des § 40 Abs. 2 GBO durch einen Erbfall unterbrochen? „Recht 1903 S. 7 ff." |
| **Wolff-Martin** | Sachenrecht Marburg 1923 15.-19. Aufl. |